



Università degli Studi di Ferrara

DOTTORATO DI RICERCA IN COMPARAZIONE GIURIDICA E STORICO-GIURIDICA

Curriculum Diritto delle obbligazioni e dei contratti italiano, comparato e comunitario

CICLO XV

COORDINATORE Prof. Daniele Negri

L'illecito civile, i pregiudizi non patrimoniali e i danni
esistenziali nei sistemi italiano e brasiliano: un'analisi
comparata

Settore Scientifico Disciplinare IUS/02

Dottorando

Dott. Muraro Bonatto Fernanda

Fernanda Muraro Bonatto
(firma)

Tutore

Prof. De Cristofaro Giovanni

Giovanni De Cristofaro
(firma)

Anni 2010/2013

L'illecito civile, i pregiudizi non patrimoniali e i danni esistenziali nei sistemi italiano e brasiliano: un'analisi comparata

Sommario

<i>Introduzione.....</i>	<i>2</i>
<i>Capitolo I – La storia del diritto civile e del risarcimento dei pregiudizi non patrimoniali nei sistemi giuridici italiano e brasiliano</i>	<i>7</i>
1.1 Il sistema giuridico brasiliano	8
1.1.1 Cenni sulla storia del diritto privato brasiliano	8
1.1.2 Il risarcimento dei pregiudizi non patrimoniali in Brasile: la clausola generale di responsabilità civile e il suo rapporto con la Costituzione.	50
1.2 Il sistema giuridico italiano	88
1.2.1 Cenni sulla storia del diritto privato italiano.....	88
1.2.2 Il risarcimento dei pregiudizi non patrimoniali in Italia: la norma di chiusura del Codice Civile e il rinvio alla Costituzione.....	116
<i>Capitolo II – I danni esistenziali nella giurisprudenza italiana e brasiliana</i>	<i>136</i>
2.1 I danni esistenziali e la giurisprudenza italiana	136
2.2 I danni esistenziali e la giurisprudenza brasiliana	138
<i>Conclusioni.....</i>	<i>151</i>
<i>Bibliografia</i>	<i>154</i>

INTRODUZIONE

La presente tesi di dottorato si propone di esaminare, secondo la prospettiva della comparazione giuridica, i percorsi presi dalla dottrina e giurisprudenza italiana e brasiliana, nel corso del novecento fino ai tempi attuali, rispetto al risarcimento dei pregiudizi non patrimoniali. Così, tramite l'analisi dello sviluppo storico dell'istituto del danno non patrimoniale in entrambi paesi, il compito della presente ricerca è trovare i punti di contatto e le dissomiglianze tra i due sistemi legali con l'intento di perfezionare e arricchire gli ordinamenti giuridici italiano e brasiliano.

Il lavoro si svolgerà partendo da due premesse. La prima premessa consiste nella rilevanza fondamentale dell'istituto della responsabilità civile per pregiudizi non patrimoniali nella società moderna con riflesso nei suoi sistemi giuridici. Da ormai alcuni decenni, gli ordinamenti giuridici in generale hanno subito un incremento fortissimo delle situazioni in cui la tutela aquiliana è chiamata a risolvere dei problemi giuridici sempre più complessi.

Quindi, non si tratta soltanto di un problema rilevante ma anche di un problema di difficile risoluzione. Infatti,

(...) il compito principale della disciplina della responsabilità per fatto illecito consiste nel definire, tra gli innumerevoli eventi dannosi che occorrono quotidianamente, quali di essi debbano essere trasferiti dal danneggiato all'autore del danno, conformemente alle idee di giustizia ed equità dominanti nella società.¹

Conforme sottolinea Cazzetta, l'istituto della responsabilità civile per danni non patrimoniali sperimenta una "vitalità eccessiva" che comprende "l'esplosione quantitativa delle azioni e l'elasticizzazione dei fondamenti della tutela aquiliana".²

Lo stesso pensiero troviamo anche nella dottrina brasiliana: Judith Martins-Costa riferisce che il grande problema dell'istituto della responsabilità civile sono i

¹ ZWEIGERT, Konrad; KÖTZ, Hein. *Introduzione al Diritto Comparato*. vol II. Istituti. Milano:Giuffrè, 1995. p. 316.

² CAZZETTA, Giovanni. *Responsabilità aquiliana e frammentazione del diritto comune civilistico 1865-1914*. Milano: Giuffrè, 1991. p. 03.

danni non patrimoniali perché questa figura, caratterizzata da una forte “plasticità”, serve a un immenso numero di funzioni.³

Secondo Martins-Costa, pertanto,

Studiare la responsabilità civile significa penetrare un vasto e affascinante universo – forse il più affascinante di tutto il Diritto Civile – nel quale si aggrovigliano aspetti del più profondo significato etico, attinenti alla condizione umana stessa, con aspetti pratici che raggiungono un’immensa gamma di questioni quotidianamente trattate nei fori.⁴

La seconda premessa della ricerca concerne il rilievo dello studio comparato, più precisamente l’analisi comparata tra Brasile e Italia nell’ambito della responsabilità civile per pregiudizi non patrimoniali. Su questo tema Cesare Salvi, nel 1983, già menzionava che “è oggi culturalmente inammissibile riflettere sulla responsabilità civile senza considerare attentamente i dati scientifici, normativi e giurisprudenziali delle altre esperienze giuridiche”.⁵ Infatti, come afferma Salvi, i problemi da affrontare nel settore della responsabilità civile sono gli stessi, trattandosi di una tematica assai omogenea nei diversi sistemi e ordinamenti odierni.

Tanto è vero che il problema della risarcibilità dei danni non patrimoniali è comune agli ordini giuridici dell’Italia e del Brasile, soprattutto quando verifichiamo che molti autori brasiliani sono stati influenzati dalla dottrina italiana in questa materia a partire degli anni sessanta del Novecento. Le pubblicazioni di autori come: Scognamiglio⁶, Rodotà⁷ e Cian⁸ hanno avuto un grande prestigio tra la più classica e autorevole dottrina civilista brasiliana: Clóvis do Couto e Silva⁹, José de Aguiar Dias¹⁰, Yussef Said Cahali¹¹ e Maria Celina Bodin de Moraes.¹²

³ MARTINS-COSTA, Judith. *Comentários ao Código Civil. Direito das Obrigações. Art. 389 a 420.* tomo II. São Paulo: Forense, 2009. p. 148.

⁴ MARTINS-COSTA, Judith. *Comentários ao Código Civil. Direito das Obrigações. Art. 389 a 420.* tomo II. São Paulo: Forense, 2009. p. 141.

⁵ SALVI, Cesare. Il paradosso della responsabilità civile. In: *Rivista Critica del Diritto Privato*. anno I, n.1, marzo 1983, p. 123-163. p. 163.

⁶ Due opere di Scognamiglio in speciale hanno trovato riscontro nella dottrina brasiliana: SCOGNAMIGLIO, Renato. Appunti sulla nozione di danno. In: *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*. 1969, p. 464-502; Il Danno Morale (Contributo alla teoria del danno extracontrattuale). In: *Rivista di Diritto Civile*, anno III, n. 1, gennaio-febbraio 1957, p. 277-336.

⁷ RODOTÀ, Stefano. *Il problema della responsabilità civile*. Milano: Giuffrè, 1964.

⁸ CIAN, Giorgio. *Antigiuridicità e colpevolezza. Saggio per una teoria dell’illecito civile*. Padova: Cedam, 1966.

⁹ COUTO E SILVA, Clóvis Verissimo do. O conceito de dano no direito brasileiro e comparado. In: *O Direito Privado Brasileiro na Visão de Clóvis do Couto e Silva*. FRADERA, Véra Maria Jacob de (org.). Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.

¹⁰ AGUIAR DIAS, José de. *Da responsabilidade civil*. 4.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1960.

¹¹ CAHALI, Yussef Said. *Dano Moral*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

¹² BODIN DE MORAES, Maria Celina. *Danos à Pessoa Humana. Uma leitura civil-constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

Effettivamente, la concezione elaborata dalla dottrina italiana secondo la quale “è possibile distinguere, nell’ambito dei danni, le due categorie dei danni patrimoniali e di quelli così detti morali; rispettivamente il vero e proprio pregiudizio economico da un lato e dall’altro le sofferenze psichiche o morali, i dolori, ecc.”¹³ trova riscontro nella dottrina brasiliana, principalmente negli scritti giuridici degli anni sessanta e settanta del Novecento.

Dunque, la tecnica del diritto comparato sarà utilizzata nella presente ricerca con una funzione epistemologica, conforme propone G. Portale, giusto perché “(...) il diritto comparato contribuisce alla conoscenza di ogni sistema, sottolineandone affinità e divergenze, e contribuendo, anche per questa via, a una migliore comprensione di ogni singolo sistema nazionale”.¹⁴

Detto questo, possiamo riconoscere due orientamenti diversi della dottrina italiana e brasiliana rispetto al delicato tema del risarcimento dei danni non patrimoniali (in Italia) o dell’*indenização por dano moral*” (in Brasile).

In Italia troviamo la c. d. “*norma di chiusura*” dell’art. 2.059 del Codice Civile, secondo la quale la responsabilità civile per pregiudizi non patrimoniali è ammessa “*solo nei casi determinati dalla legge*”, in maniera che, la dottrina italiana fa uso della normativa costituzionale (art. 32 cost.) per permettere il risarcimento dei pregiudizi non patrimoniali. È anche vero che, in virtù della “*norma di chiusura*” dell’art. 2.059 c.c., la dottrina italiana ha dovuto sviluppare espressioni come: “danni alla vita di relazione”, “danni alla salute”, “danni biologici”, “danni ai beni della personalità”, e più recentemente, “danni esistenziali”, con la finalità di oltrepassare l’unica e molta stretta possibilità di risarcimento dei danni non patrimoniali determinata espressamente dal Codice Civile.

In poche parole, si può dire che nonostante la limitazione e la “strettezza” del testo legale i tribunali e la creativa dottrina italiana hanno cominciato a comprendere l’art. 32 Cost. come un’opzione molto ragionevole per “aprire” il sistema civile ai danni non patrimoniali che non derivassero da reato, ma che potessero essere collegati a qualsiasi ipotesi di danno alla salute umana, qui considerata nel suo senso più ampio, compreso il benessere fisico e mentale.

¹³ SCOGNAMIGLIO, Renato. Il Danno Morale (Contributo alla teoria del danno extracontrattuale). In: *Rivista di Diritto Civile*, anno III, n. 1, gennaio-febbraio 1957, p. 277-336.

¹⁴ PORTALE, Giuseppe. *Lezioni di diritto privato comparato*. Torino: G. Giappichelli, 2001. p.09.

Questa interpretazione della norma costituzionale protettiva del diritto alla salute ha permesso l'accoglimento di domande giudiziali che prima non trovavano riscontro nei tribunali. Infatti, dalla prima sentenza della Corte Costituzionale che menzionava i "danni alla salute" (Corte Cost. n. 184/86) fino alle note sentenze del novembre 2008 della Cassazione (Cass. n. 26972, 26973, 26974 e 26975/08) la dottrina italiana si trova in mezzo a un grosso dilemma che coinvolge molti aspetti di capitale importanza, come: determinare il concetto del danno non patrimoniale (articolato o no in tre voci diverse e autonome: danno biologico, morale ed esistenziale?), suo profilo probatorio, suo sistema di quantificazione e il difficilissimo problema della funzione del rimedio risarcitorio.¹⁵

Nell'ordinamento brasiliano, invece, il risarcimento dei danni non patrimoniali è dettato da norme realizzate secondo la tecnica legislativa della clausola generale, tornando impossibile l'esistenza di una norma di chiusura come quella del sistema italiano. La costruzione della fattispecie del danno non patrimoniale in Brasile (che aveva e ancora ha la nomenclatura generale di "*dano moral*", ossia, danno morale) è stata resa concreta nel Novecento, ma molto più tardi rispetto all'esperienza italiana e anche in maniera diversa.

Soltanto dopo la Costituzione Federale del 1988 la tematica dei danni non patrimoniali ha conquistato un luogo di evidenza, e questo accade precisamente perché è stata la Legge Fondamentale brasiliana del 1988 il primo testo legale nazionale a riconoscere espressamente il risarcimento del "danno morale" (*dano moral*). Prima dell'avvento della Costituzione Federale del 1988 vigeva una forte resistenza da parte dei tribunali verso il risarcimento dei pregiudizi non patrimoniali, mentre la dottrina era maggioritariamente favorevole.

Tuttavia, una volta promulgata la Costituzione Federale del 1988, si è concluso il periodo di opposizione al risarcimento dei danni non patrimoniali. In questo senso molto chiaro è il testo dell'art. 5°, commi V e X della Costituzione:

art. 5° (...) V- é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, imagem. (...) X- são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação.

¹⁵ Questi dubbi sono stati messi in luce da DE GIORGI, Maria Vita. Il danno esistenziale dopo la svolta costituzionale del 2003. In: *Il risarcimento integrale senza il danno esistenziale*. PONZANELLI, Giulio (a cura di). Padova: CEDAM, 2007. Vedre anche BARCELLONA, Mario. *Il danno non patrimoniale*. Milano:Giuffrè, 2008.

Inoltre, il recentissimo Codice Civile brasiliano del 2002, nei suoi articoli 186 e 927¹⁶ fa espresso riferimento al risarcimento del “*dano moral*”, determinando l’obbligo di risarcire mediante una clausola generale di responsabilità civile. Il Codice anche innova, ispirato dal Codice Civile italiano, quando tratta dei diritti della personalità (“*direitos da personalidade*”) tra gli articoli 11 e 21.

Attualmente, nonostante l’espresso accoglimento dell’indennizzo dei danni non patrimoniali dalla normativa costituzionale e civile, la dottrina e giurisprudenza brasiliana anche si occupano delle incertezze sul concetto corrente di danno non patrimoniale (c.d. “danno morale”), dei criteri per la sua corretta quantificazione e delle sue possibili funzioni punitive e pedagogiche. Il momento attuale è d’incertezza,¹⁷ così come in Italia.

Dunque, nonostante i sistemi legali dell’Italia e del Brasile (in alcuni aspetti molto simili) abbiano trovato maniere diverse per risarcire le vittime dei danni non patrimoniali, possiamo verificare che entrambi sistemi si articolano in torno ai suoi Codici Civili e Costituzioni cercando una protezione massima alla persona e alla sua dignità. E questa protezione è conferita nonostante i problemi concettuali e i tormentosi dibattiti giurisprudenziali e dottrinari sia in Italia sia in Brasile.

Recentemente la categoria giuridica dei danni esistenziali, originariamente elaborata in Italia, è sbarcata in Brasile e è già possibile trovare alcune sentenze di tribunali superiori che hanno considerato il danno esistenziale una voce di danno non patrimoniale autonomamente risarcibile. Un fenomeno del genere bisogna essere studiato dal punto di vista della comparazione giuridica, considerando le particolarità del diritto privato brasiliano e italiano.

Pertanto, la presente ricerca ha l’obiettivo di analizzare tale differenze e somiglianze sotto l’ottica del diritto comparato con lo scopo di trovare nel confronto dei due sistemi degli strumenti validi per l’interpretazione di ambedue ordinamenti civili.

¹⁶ Articolo 186: “*Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.*” Articolo 927, caput: “*Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187) causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.*”

¹⁷ Conforme l’accuratissima percezione di Bodin de Moraes, nell’ordinamento brasiliano il problema attuale non è più capire se i danni non patrimoniali devono essere risarciti, ma trovare una sua corretta motivazione giuridica: “No que se refere ao dano moral, no Brasil do nosso tempo, problema não é tanto o de sua proteção, cada dia mais abundante, quanto o de sua adequada fundamentação”. BODIN DE MORAES, Maria Celina. *Danos à Pessoa Humana. Uma leitura civil-constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 56.

CAPITOLO I – LA STORIA DEL DIRITTO CIVILE E DEL RISARCIMENTO DEI PREGIUDIZI NON PATRIMONIALI NEI SISTEMI GIURIDICI ITALIANO E BRASILIANO

Il lavoro di ricerca in questo Capitolo I è basicamente descrittivo, ossia, l'intenzione è narrare di forma lineare i principali momenti dello sviluppo del risarcimento dei danni non patrimoniali in Italia e in Brasile.

Per portare avanti questo compito si inizia dall'esposizione dell'evoluzione storica di ambedue sistemi di diritto privato (1.1.1 e 1.2.1) per poi andare ad affrontare, o meglio, descrivere, lo stato dell'arte in tema di responsabilità civile per pregiudizi non patrimoniali in Italia e in Brasile (1.1.2 e 1.2.2).

1.1 Il sistema giuridico brasiliano

In questa prima parte del Capitolo I procederemo l'analisi del sistema giuridico brasiliano relativamente alle vicende storiche del suo diritto privato (1.1.1) per poi andare ad esaminare il suo sistema di risarcimento dei pregiudizi non patrimoniali che è centrato su una clausola generale di responsabilità civile che stabilisce rapporti particolarmente interessanti con la normativa costituzionale (1.1.2).

1.1.1 Cenni sulla storia del diritto privato brasiliano

Il grande civilista brasiliano Clóvis do Couto e Silva già riferiva in una conferenza tenuta presso la Facoltà di Giurisprudenza dell'Università di Firenze, nel non così lontano 1986, che per conoscere la situazione di un sistema giuridico, anche se in linee generali, è necessario tener conto del suo sviluppo storico e delle influenze che hanno marcato le sue soluzioni giuridiche nel corso del tempo.¹⁸

Pertanto, per raccontare la storia del diritto privato brasiliano non possiamo iniziare dal marco fondatore del paese, ossia, dalla dichiarazione d'indipendenza dal Portogallo nel 7 settembre 1822, ignorando l'influenza del lungo dominio coloniale portoghese in Brasile. Dobbiamo tornare un pò più indietro nel tempo, in realtà, è necessario risalire al diritto portoghese vigente dal Quattrocento fino alla metà dell'Ottocento, per poi riprendere l'esame del diritto propriamente brasiliano a partire dall'indipendenza politica del paese.¹⁹

¹⁸ COUTO E SILVA, Clóvis Veríssimo do. O direito civil brasileiro em perspectiva histórica e visão de futuro. In: FRADERA, Vera Maria Jacob de (Org.). *Direito privado brasileiro na visão de Clóvis do Couto e Silva*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997. p. 11. Tale saggio è il risultato di una conferenza tenuta dal Prof. Couto e Silva presso la Facoltà di Giurisprudenza dell'Università di Firenze nel 6 maggio 1986, grazie all'invito del Centro di Studi per la Storia del Pensiero Giuridico Moderno. In ragione dell'importanza del suo contenuto, questo saggio è stato pubblicato in Brasile in tre diverse riviste giuridiche: Revista dos Tribunais n. 628, 1988; Revista da AJURIS n.40, 1987; Revista de Informação Legislativa n.97, 1988.

¹⁹ Non abborderemo in questo riassunto il tema specifico del diritto privato del periodo coloniale brasiliano. Per una visione generale del diritto privato brasiliano tra 1500 e 1822, ossia, le regole speciali del regno portoghese per la sua colonia sudamericana, consigliamo la lettura dell'opera di Waldemar Ferreira: *História do Direito brasileiro*, vol. I. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1962; vol. II, Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1953; vol. III, São Paulo: Max Limonad, 1953 e 1954; vol. IV, São

La storia del diritto privato brasiliano s'intreccia profondamente con la storia del diritto privato portoghese dato che il Brasile fu territorio coloniale portoghese per più di trecento anni (1500-1822). E nonostante l'avvenimento dell'indipendenza politica brasiliana nel 7 settembre 1822, condotta per le mani di Dom Pedro II – all'epoca principe reggente, figlio del re portoghese Dom João VI – la tradizione giuridica portoghese continuò ad avere un'importanza vitale in Brasile.

Conforme abbiamo menzionato sopra, il periodo nel quale l'attuale territorio brasiliano fu colonia portoghese, inizia con la "scoperta del Brasile"²⁰ dalle navi del navigatore portoghese Pedro Álvares Cabral nell'aprile 1500 e finisce con la dichiarazione dell'indipendenza nel 7 settembre 1822. Quindi, durante tutto il periodo coloniale, il diritto portoghese, naturalmente, fu applicato in Brasile. E precisamente di quale diritto portoghese si sta parlando? Trattasi delle *Ordenações*²¹ (Ordinanze, in italiano) dei re portoghesi.

Paulo: Max Limonad, 1955; e anche consigliamo l'opera di César Trípoli *História do Direito Brasileiro (ensaio)*. vol. I, Época Colonial. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1936; vol. II, Época Imperial. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1947.

²⁰ La storia della "scoperta" del Brasile dai portoghesi è molto studiata dagli storici brasiliani e portoghesi. Per una lettura più approfondita su questo interessantissimo argomento vedere le opere di: ABREU, João Capistrano Honório de. *O Descobrimento do Brasil*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1976.; GREENLEE, William B. *The voyage of Pedro Álvares Cabral to Brazil and India*. Londres: Hakluyt Society, 1938.; CASTELLO BRANCO, Carlos Heitor. *Gloriosa e Trágica Viagem de Cabral ao Brasil e à Índia*. São Paulo: Editora do Escritor, 1974.; CORTESÃO, Jaime. A expedição de Pedro Álvares Cabral e o Descobrimento do Brasil. In: *História da Colonização Portuguesa do Brasil*. vol. II. MALHEIRO DIAS, Carlos (org.). Porto: Litografia Nacional, 1923.; LOPES DE MENDONÇA, Henrique. Do Restelo a Vera Cruz. In: *História da Colonização Portuguesa do Brasil*. vol. II. MALHEIRO DIAS, Carlos (org.). Porto: Litografia Nacional, 1923.; MALHEIROS DIAS, Carlos. A semana de Vera Cruz. In: *História da Colonização Portuguesa do Brasil*. vol. II. MALHEIRO DIAS, Carlos (org.). Porto: Litografia Nacional, 1923.; BARRADAS DE CARVALHO, Joaquim Manuel Godinho. *À la recherche de la spécificité de la Renaissance portugaise. L'Esmeraldo de situ orbis de Duarte Pacheco Pereira et la littérature portugaise de voyages à époque des Grandes Découvertes*. Dois volumes, Paris: Fondation Gulbenkian, 1983.; BUENO, Eduardo. *A viagem do descobrimento. A verdadeira história da expedição de Cabral*. Coleção Terra Brasilis vol. I. Rio de Janeiro: Objetiva, 1998.

²¹ Le *Ordenações* sono delle raccolte di leggi vigenti nel regno portoghese dalla fine del Quattrocento fino alla metà dell'Ottocento. Sono state promulgate tre *Ordenações* durante questo lunghissimo periodo di quattro secoli: le *Ordenações Afonsinas*, poi le *Manuelinas* e finalmente le *Filipinas*. Lo storico del diritto portoghese Mario Júlio de Almeida Costa ci piega ognuna delle *Ordenações* e la loro importanza per il diritto portoghese nel suo libro *História do Direito Português*. 4. ed. Coimbra: Almedina, 2009. p.303-351. L'autore riferisce che le *Ordenações Afonsinas* costituiscono una delle prime raccolte di leggi dell'era moderna promulgate durante il regno di Dom Afonso V. Questa raccolta dovrebbe riunire in un testo unico tutte le norme giuridiche vigenti all'epoca con l'obiettivo di chiarire quale erano le fonti del diritto portoghese. Dopo un lungo periodo di gestazione le copie manoscritte delle *Ordenações* appaiono nella metà del Quattrocento, però già nel 1505 avviene la necessità di riforma e si iniziano i lavori per una nuova raccolta, promulgata nel 1521, che ha preso il nome di *Ordenações Manuelinas*. Le *Manuelinas* facevano parte dello sforzo del re Manuel I di adattare l'amministrazione del regno all'enorme crescita dell'Impero portoghese con le grandi navigazioni verso l'Africa, Asia e America. Fu il primo corpo legislativo stampato del paese, giacché le *Ordenações* anteriori furono scritte a mano, e

Le *Ordenações* più importanti e sicuramente più durature furono le *Ordenações Filipinas*, promulgate nel 1603 – durante il periodo conosciuto come unione iberica²² - dal re spagnolo Felipe II. Una volta finita la dominazione spagnola, il Portogallo conferma la loro vigenza nel gennaio 1643. Trattasi, sicuramente, del corpo legislativo che avrà rilevanza fondamentale per il diritto privato brasiliano durante tutto il periodo coloniale e anche dopo l'indipendenza come vedremo.

Le *Ordenações Filipinas* furono, dunque, una raccolta delle norme vigenti nel regno portoghese e il suo contenuto non è considerato innovatore²³ giacché fu immensamente basato sulle precedenti *Ordenações Manuelinas* del 1521 ma anche sulla *Coleção de Leis Extravagantes* del 1569²⁴ e altre fonti del diritto portoghese.²⁵ Neppure sua struttura rappresenta novità: le *Filipinas*, come le

rappresenta una tappa importante nell'evoluzione del diritto portoghese, consolidando il ruolo del re nell'amministrazione della giustizia e nell'affermazione dell'unità nazionale. Per più informazioni sulle *Ordenações* portoghese vedere anche: SILVA, Nuno J. Espinosa Gomes da. *História do direito português: fontes de direito*. vol. I. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1985. p. 185-260.

²² L'Unione Iberica designa l'unità politica dell'intera penisola Iberica tra 1580 e 1640, determinata dalla crisi dinastica portoghese iniziata nel 1578 con la morte senza eredi del re portoghese Sebastião I. In pratica significò l'invasione militare del Portogallo dalle truppe del re spagnolo Felipe II, facendo valere il suo diritto alla successione alla corona portoghese. L'Unione comprendeva, quindi, le corone del Portogallo, della Castiglia e di Aragona e anche i rispettivi possedimenti coloniali, inclusive il Brasile.

²³ L'eminente professore brasiliano Orlando Gomes nel suo classico libro *Raízes históricas e sociológicas do Código Civil brasileiro*. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 03 ss., riferisce alcuni autori che ugualmente ritengono che le *Ordenações* non furono una raccolta progressista né innovatrice: TEIXEIRA DE FREITAS, Augusto. *Consolidação das leis civis*. 5. ed. Rio de Janeiro: Editora Jacinto Ribeiro dos Santos, 1915. p.XXV; PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Fontes e evolução do direito civil brasileiro*, Rio de Janeiro: Pimenta de Mello e & Cia., 1928. p.17; BRAGA DA CRUZ, Guilherme. A formação histórica do moderno direito privado português e brasileiro. In: *Revista da Faculdade de Direito de São Paulo*, vol. L, 1955.

²⁴ LOPES, José Reinaldo de Lima. *O Direito na História: lições introdutórias*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2008. p.248. Per *Coleção de Leis Extravagantes* s'intende la raccolta di leggi che vigoravano al di fuori delle *Ordenações* la quale è stata realizzata dal giurista portoghese Duarte Nunes de Leão con l'obiettivo di organizzare minimamente queste fonti del diritto che non si trovavano all'interno delle *Ordenações*.

²⁵ César Trípoli elenca altre fonti delle *Ordenações Filipinas*: “nas decisões das Cortes, nas leis gerais, nos forais (leis municipais), no direito consuetudinário, nos assentos da Casa de Suplicação e do Porto, nas concordatas celebradas depois de 1521 e nas *Ordenações Afonsinas*.” TRÍPOLI, César. *História do Direito Brasileiro (ensaio)*. vol. I, Época Colonial. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1936. p. 119.

Ordenações precedenti, sono divise in cinque libri,²⁶ essendo il Libro IV basicamente sul diritto privato.²⁷

Però, la caratteristica che ora vogliamo risaltare delle *Ordenações* è il suo sistema delle fonti del diritto. Come fonte primaria per la risoluzione dei conflitti il testo delle *Ordenações* determinava l'applicazione della “*lei*”, degli “*estilos da Corte*” e del “*costume*”,²⁸ ossia, delle leggi, della giurisprudenza e delle consuetudini. In caso di lacune i giudici dovrebbero ammettere, per primo, l'incidenza del diritto romano e poi del diritto canonico. Se la lacuna persistesse, si autorizzava il ricorso alla Glossa d'Accursio e alle Opinioni di Bartolo.

In riassunto:

Le stesse ordinanze regie, tuttavia, fissavano in modo abbastanza chiaro i criteri per colmare eventuali lacune: in via generale doveva essere usato il diritto romano, mentre le controversie in materia di peccato sarebbero dovute essere risolte preferibilmente in forza del diritto canonico (...). Inoltre facevano esplicito riferimento anche all'uso della *Glossa* di Accursio e delle *Opinioni* di Bartolo, purché non fossero contrarie alla *communis opinio doctorum*.²⁹

Allora, questo significa che, almeno formalmente, il diritto comune, e principalmente le fonti romane, trovavano ancora spazio e applicazione in Portogallo dal 1603 al 1867 (anno della vigenza del primo codice civile portoghese) e in Brasile per un periodo ancora più lungo: dal 1603 al 1917.³⁰ E

²⁶ Il *Libro I* tratta della materia relativa all'organizzazione giudiziaria, disponendo sulle funzioni e gerarchia delle autorità giudiziarie. Il *Libro II* comprende le regole concernenti ai rapporti tra Stato e Chiesa Cattolica. Il *Libro III* contiene le norme di procedura civile. Il *Libro IV* tratta della materia civile in generale (obbligazioni, contratti, famiglia, successioni) e il *Libro V* regola il diritto penale e la procedura penale.

²⁷ Il Libro IV contiene materie tipicamente civili come: regole sui contratti (vendita, locazione, donazione, mutuo, comodato), sui rapporti matrimoniali e famigliari e le successioni.

²⁸ La legge, nel senso assunto dalle *Ordenações Filipinas*, non corrisponde esattamente al significato moderno di legge. Per le *Ordenações*, legge era qualsiasi manifestazione della volontà sovrana del re destinata ad introdurre modifiche nell'ordinamento giuridico non essendo importante che la norma avesse carattere generale e astratto come i testi legali moderni. Gli *Estilos da corte* e il *costume*, contrariamente alla legge, erano fonti di natura non legislativa, non scritta, basati sull'uso, sulla consuetudine. Il primo può essere riferito come la giurisprudenza uniforme del tribunale superiore del regno portoghese, la *Corte de Suplicação* a Lisbona. Il *costume* (consuetudine, in italiano) era l'insieme di regole che riproducevano la “*voluntas populi*”, ossia, quelle norme che si consolidano con il tempo, che sono ripetute nel corso degli anni. Nel caso portoghese, affinché una pratica divenga *costume*, era necessario il suo uso giudiziale per almeno due volte nel corso di dieci anni. Per informazioni più complete vedere: ALMEIDA COSTA, Mário Júlio de. *História do Direito Português*. 4. ed. Coimbra: Almedina, 2009. p.325-339.; SILVA, Nuno J. Espinosa Gomes da. *História do direito português: fontes de direito*. vol. I. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1985. p.224-235.

²⁹ FONSECA, Ricardo Marcelo. Dal diritto coloniale alla codificazione: appunti sulla cultura giuridica brasiliana tra settecento e novecento. In: *Quaderni Fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*. n. 33/34, Tomo II, 2004/2005. Giuffrè: Milano. p. 963-983. p. 965.

³⁰ MEIRA, Sílvia A. B. Sobrevivência do direito romano no Brasil. In: *Études offertes à Jean Macqueron*. Aix-en-Provence: Faculté de Droit et des Sciences Économiques d'Aix-en-Provence, 1970. p. 487-501. p. 490.

questa lunghissima vigenza e influenza dei testi e della tradizione del diritto comune europeo è visibilmente più profondo per il diritto civile brasiliano, dato che il Libro IV delle *Ordenações*, che conteneva le regole sulle materie di diritto civile, fu revocato in sua totalità soltanto nel 1° gennaio 1917, data di inizio della vigenza del primo Codice Civile brasiliano.

Nonostante questo fatto, Ricardo Marcelo Fonseca sostiene che le *Ordenações* non avrebbero avuto tale longevità in Portogallo e in Brasile se nel corso del tempo altre provvedimenti normativi non avessero adattato questa antica legislazione ai bisogni dei nuovi tempi.³¹ Fonseca e tanti altri autori brasiliani e portoghesi³² sottolineano che l'avvenimento della *Lei da Boa Razão*, del 18 agosto 1769, rappresentò il primo tentativo di modernizzazione delle arcaiche *Ordenações*. Ed infatti fu così, l'edizione della *Lei da Boa Razão*, per i motivi che proviamo di spiegare adesso, costituisce il fattore principale di prolungamento della "vita utile" delle arcaiche regole delle *Ordenações*.

La *Lei da Boa Razão*, in italiano "legge della buona ragione", è frutto dell'assolutismo illuminato portoghese rappresentato dalla figura del marchese di Pombal ministro del regno (l'equivalente di un ministro dell'interno ma che in realtà aveva funzioni di capo del governo) dal 1750 al 1777. Il marchese di Pombal fu un riformatore³³ e tra le sue riforme quella che ci interessa per lo studio del diritto

³¹ FONSECA, Ricardo Marcelo. Dal diritto coloniale alla codificazione: appunti sulla cultura giuridica brasiliana tra settecento e novecento. In: *Quaderni Fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*. n. 33/34, Tomo II, 2004/2005. Giuffrè: Milano. p. 963-983. p. 966.

³² ALMEIDA COSTA, Mário Júlio de. *História do Direito Português*. 4. ed. Coimbra: Almedina, 2009. p. 398 ss.; MOTA, Carlos Guilherme. Do Império luso-brasileiro ao Império brasileiro. In: MOTA, Carlos Guilherme (Coordenação). *Os juristas na formação do Estado-nação brasileiro: século XVI a 1850*. vol. I. São Paulo: Quartier Latin, 2006. p. 48 ss.; LOPES, José Reinaldo de Lima. *O Direito na História: lições introdutórias*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2008. p. 249 ss.

³³ Sebastião José de Carvalho e Melo, il marchese di Pombal, era un giurista laureato presso l'Università di Coimbra, però il suo contributo come capo di governo non si restringeva soltanto all'ambito giuridico. Le sue riforme rappresentano un marco del despotismo illuminato in Portogallo. Conforme sintetizza Carlos Guilherme Mota: "A grande mudança ocorreu com a ascensão do futuro marquês de Pombal ao ministério de D. José I. Pombal governou Portugal de 1750 a 1777, tendo sido responsável por uma nova visão do papel do Estado e do revigoramento da política mercantilista monopolista, com maior centralização administrativa, controle do orçamento, da polícia e da Justiça. Super-ministro, foi ele o artífice da reconstrução de Lisboa após o terremoto de 1755 e da expulsão da Companhia de Jesus de todos os territórios portugueses (1759). Esses dois últimos atos consolidam seu poder, dando-lhe força para a terceira grande tarefa: a atualização das mentes, a partir da reforma do sistema de educação escolar e a reforma da Universidade de Coimbra." MOTA, Carlos Guilherme. Do Império luso-brasileiro ao Império brasileiro. In: MOTA, Carlos Guilherme (Coordenação). *Os juristas na formação do Estado-nação brasileiro: século XVI a 1850*. vol. I. São Paulo: Quartier Latin, 2006. p.53.

portoghese è giustamente la *Lei da Boa Razão* e il suo tratto più importante: “l’anti-romanismo”³⁴ delle sue disposizioni.

A partire di questa legge, in caso di lacune nell’applicazione delle fonti immediate (le leggi, la giurisprudenza o le consuetudine), l’uso del diritto romano era ammesso purché essi si presentasse conforme alla “buona ragione”, ossia, conforme alla *recta ratio* del giusnaturalismo.³⁵

La definizione di cosa s’intendeva per *boa razão* era data dal proprio testo legale³⁶ e sinteticamente consisteva nell’osservanza di tre punti: nei principi morali e civili che contengono le verità essenziali e inalterabili fissati dai romani e formalizzate dal diritto naturale e divino; nelle regole del diritto delle genti (*ius gentium*); nelle regole politiche, economiche, mercantili delle nazioni cristiane. In una parola, conforme Almeida Costa, “presentarsi conforme alla buona ragione equivaleva a corrispondere ai principi del diritto naturale o del diritto delle genti”.³⁷

Inoltre a condizionare l’uso del diritto romano al “filtro della modernità e della ragione moderna”,³⁸ la *Lei da Boa Razão* ha vietato l’uso e l’applicazione della *Glossa* di Accursio e delle Opinioni di Bartolo. E un’altra fonte sussidiaria delle *Ordenações* è stata respinta dalla legge di Pombal: il diritto canonico è relegato ai tribunali ecclesiastici e non può più essere invocato nelle cause civili.³⁹

³⁴ L’espressione è di WEHLING, Arno. WEHLING, Maria José. *Direito e Justiça no Brasil colonial: o Tribunal da Relação do Rio de Janeiro (1751-1808)*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. p. 449.

³⁵ ALMEIDA COSTA, Mário Júlio de. *História do Direito Português*. 4. ed. Coimbra: Almedina, 2009. p.405.

³⁶ Il paragrafo 9 della legge così definiva la “boa razão”: “que consiste nos primitivos Princípios, que contém verdades essenciais, intrinsecas, e inalteraveis, que a ethica dos mesmos Romanos havia estabelecido e que os Direitos Divinos e Natural formalizarão para servirem de regras Moraes, e Civis entre o Christianismo: ou aquella boa razão, que se funda nas outras regras, que de unanime consentimento estabeleceo o Direito das Gentes para a direcção, e o governo de todas as Nações civilizadas: ou aquela boa razão, que se estabelece nas Leis Politicas, Economicas, Mercantis e Maritimas que as mesmas Nações Christãs tem promulgado com manifestas utilidades(...)”.

³⁷ ALMEIDA COSTA, Mário Júlio de. *História do Direito Português*. 4. ed. Coimbra: Almedina, 2009. p.405.

³⁸ L’espressione è di: LOPES, José Reinaldo de Lima. *O Direito na História: lições introdutórias*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2008. p. 250.

³⁹ Nonostante il carattere rivoluzionario della riforma delle fonti del diritto introdotta dalla *Lei da Boa Razão*, bisogna domandarsi se il diritto comune è stato completamente abbandonato dai giuristi, dai giudici e dai professori all’Università. Infatti, è interessante osservare che il distacco dalle antiche formule del diritto romano e canonico non fu repentino come voleva la legge, anche perché secondo il nuovo testo legale il diritto romano aveva ancora il suo spazio di applicazione purché conforme alla “buona ragione”. Gli autori Arno e Maria José Wehling informano che “nonostante le modifiche del curriculum e dei programmi didattici il diritto romano e i suoi professori rimanevano vivi a Coimbra, anche dopo l’applicazione dello statuto di Pombal.” (*Direito e Justiça no Brasil colonial: o Tribunal da Relação do Rio de Janeiro (1751-1808)*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.p. 470.).

Oltre alla riforma del sistema delle fonti del diritto, realizzata dal Marchese di Pombal, anche gli statuti della facoltà di giurisprudenza dell'Università di Coimbra sono stati cambiati nel 1772 con l'intuito di formare le nuove generazione di giuristi secondo i concetti introdotti dalla *Lei da Boa Razão*, ossia, il *curriculum* del corso di giurisprudenza è stato modificato per adeguare l'insegnamento universitario alle idee giusnaturaliste.⁴⁰

Quindi, da quanto esposto finora, il diritto civile vigente in Portogallo e nei suoi territori coloniali, tra i quali il Brasile, consisteva nella vigenza di antiche regole raccolte all'interno delle *Ordenações Filipinas*, le quali sono state aggiornate dalla *Lei da Boa Razão* del 1769.

Tenendo conto di tali profili giuridici possiamo chiedersi: in che momento il Brasile ebbe finalmente la sua indipendenza giuridica? A colpo d'occhio la risposta ovvia sarebbe collegare l'indipendenza giuridica all'indipendenza politica brasiliana avvenuta nel 1822. Tuttavia, non accadde così. La distinta persistenza del tradizionale diritto civile portoghese in Brasile durante tutto l'Ottocento trova il suo perché nel peculiare processo di indipendenza politica avvenuto nel paese. Tale processo di indipendenza ebbe inizio, però, molti anni prima della data ufficiale (il sette settembre 1822), originandosi a causa di una particolarissima svolta politica, accaduta nel 1808, che cambierebbe per sempre la storia del Brasile come paese indipendente, a ricerca di un'identità nazionale e anche di un suo ordinamento giuridico. Stiamo parlando del trasferimento della famiglia reale portoghese in Brasile, più precisamente, a Rio de Janeiro, avvenuta nel 1808.

In questo modo, non possiamo andare oltre nell'analisi dell'ordinamento giuridico brasiliano senza prima raccontare, anche se in maniera breve, le circostanze politiche e sociali che hanno portato all'indipendenza del Brasile.

Questo "trasloco" della famiglia reale portoghese raffigura un fatto storico di grandi proporzioni, una vicenda allo stesso tempo tragica e geniale,⁴¹ della storia portoghese poiché, da un lato, fu la prima e unica volta in cui la sede del regno è stata allontanata da Lisbona in più di settecento anni di monarchia in Portogallo; dall'altro, rappresentò una risoluzione che ha colto tutti di sorpresa, compreso

⁴⁰ FONSECA, Ricardo Marcelo. Dal diritto coloniale alla codificazione: appunti sulla cultura giuridica brasiliana tra settecento e novecento. In: *Quaderni Fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*. n. 33/34, Tomo II, 2004/2005. Giuffrè: Milano. p. 967.

⁴¹ L'espressione è di: MOTA, Carlos Guilherme. Do Império luso-brasileiro ao Império brasileiro. In: MOTA, Carlos Guilherme (Coordenação). *Os juristas na formação do Estado-nação brasileiro: século XVI a 1850*. vol. I. São Paulo: Quartier Latin, 2006. p. 77.

Napoleone, dato che evitò quello che sembrava inevitabile: il confronto diretto tra la corona portoghese e l'Impero francese.

Nel contesto delle guerre napoleoniche, il Portogallo non aveva aderito al blocco continentale creato da Napoleone per isolare la Gran Bretagna dei suoi principali mercati in Europa. Quando il Portogallo rifiutò di aderire al blocco a causa degli stretti legami politici e commerciali esistenti con l'Impero Britannico, Napoleone decise di occupare il regno portoghese con l'obiettivo d'imporre il blocco a forza. Come risposta, alla fine del 1807, prima dell'imminente invasione delle truppe francesi, la famiglia reale portoghese decide di scappare dal regno verso il Brasile, e così lo fa scortato da una flotta inglese, portando con loro "tra otto e quindici mila persone e la metà del denaro in circolazione nel regno a bordo di 36 navi".⁴²

Il soggiorno brasiliano della corte portoghese, che d'inizio non doveva essere lungo, si prolungò per molti anni: è perdurato dal 1808 fino alla dichiarazione dell'indipendenza nel 1822. E in virtù di tale lunghezza ha lasciato marche indelebili nella storia del Brasile e anche del diritto nazionale. Ha segnato, di conseguenza, l'inizio di una nuova fase nella storia della colonia, poiché tramite le proprie decisioni, la metropoli stessa ha creato le condizioni per l'autonomia e per il futuro processo d'indipendenza del Brasile.

La città di Rio de Janeiro divenne la sede dell'impero portoghese e come tale Dom João VI ordina una serie di misure che hanno permesso il passaggio dal Brasile colonia al Brasile indipendente. Tra le prime misure la più simbolica fu l'apertura dei porti brasiliani al commercio con le "nazioni amiche", poiché durante trecento anni aveva prevalso il monopolio commerciale del regno portoghese sulla colonia, la quale non poteva commerciare con altre paesi che il Portogallo. Si rompeva, così, il patto coloniale che aveva ristretto per tre secoli l'ingresso in Brasile d'informazioni, prodotti e novità tecniche che erano comuni in altre parti del mondo.

Altre misure di apertura durante il soggiorno della corte furono: la permissione dell'edizione del primo giornale brasiliano, l'autorizzazione per l'istallazione d'industrie e manifatture, l'inaugurazione di scuole, musei e teatri⁴³ e

⁴² MANCHESTER, Alan K. *British pre-eminence in Brazil*. New York: Octagon, 1964. p.67.

⁴³ Laura de Mello e Souza pondera che l'arretramento e l'isolamento dell'America portoghese era più profondo rispetto alle colonie dell'America spagnola, principalmente l'isolamento culturale. Mentre in Brasile il primo corso universitario e addirittura il primo giornale sono stati impiantati

perfino la fondazione della prima banca brasiliana, il *Banco do Brasil*, ancor'oggi esistente.⁴⁴

E fu talmente coinvolgente ed evidente la trasformazione del Brasile a causa del trasferimento della corte portoghese in Brasile che molti storici lo considerano un marco, una pietra di confine tra il periodo coloniale e il periodo del paese come stato indipendente: il momento in cui il Brasile comincia a farsi Brasile.⁴⁵ Specialmente marcanti, sono le parole di João Cruz Costa su questo momento di trasformazione:

Il Brasile ha raggiunto, alla fine del XVIII secolo, uno sviluppo incompatibile con la tutela portoghese, incapace di servire all'espansione della sua colonia. (...) L'arrivo della Corte Portoghese in Brasile e l'apertura dei porti nel 1808, a causa delle condizioni della politica internazionale, hanno accelerato il progresso di questa trasformazione. Nello scenario mediocre della città del Rio de Janeiro (...) avrebbe luogo una vera febbre di costruzioni e progetti. Scuole sono state fondate (...), una Stampa Reale, che ci è stata sempre negata; una libreria nel 1814, che sarebbe diventata il cuore della nostra futura biblioteca nazionale; il Museo, l'Orto Botanico. Una vera euforia (...) ha dominato la colonia. Si realizzava tutto ciò che fino a quel momento ci era stato rifiutato, tutto quello che ci mancava, in particolare gli utensili, gli strumenti in grado di generare progressi nella cultura intellettuale. Era come se il Brasile si fosse svegliato da un lungo sonno e si mettesse sulla strada verso la sua liberazione. (...) *Ciò che la colonia non aveva ottenuto in tre secoli, ora otteneva in meno di un decennio.*⁴⁶

soltanto a partire del 1808, nell'America spagnola la prima università è stata fondata nel 1551 a Lima, Peru. Sono quasi tre secoli tra la prima università brasiliana e quella peruviana. MELLO E SOUZA, Laura de. *História da vida privada no Brasil: cotidiano e vida privada na América portuguesa*. vol. I. Mello e Souza, Laura de (Org). São Paulo: Companhia das Letras, 1997. p.442.

⁴⁴ Un altro aspetto interessante e molto simbolico di questo momento di apertura del Brasile colonia è la grande quantità di viaggiatori, artisti, pittori, commercianti e scienziati che cominciano ad arrivare in Brasile, incuriositi dalla possibilità di rivelare al mondo la natura, le consuetudini e i paesaggi di questo paese finora sconosciuto e chiuso. Conforme ha registrato Carlos Guilherme Mota, in questo periodo: "O Rio de Janeiro tornou-se cosmopolita. Grande quantidade de pintores, artistas, escritores, comerciantes, diplomatas, financistas, jornalistas e um leque variado de profissionais deram um novo tom à vida social, política, econômica e artística no Brasil. A ex-colônia passa a se beneficiar de intensa internacionalização, entrando no circuito mundial, livrando-se de alguns entraves do sistema colonial." MOTA, Carlos Guilherme. *Do Império luso-brasileiro ao Império brasileiro*. In: MOTA, Carlos Guilherme (Coordenação). *Os juristas na formação do Estado-nação brasileiro: século XVI a 1850*. vol. I. São Paulo: Quartier Latin, 2006. p. 81.

⁴⁵ MELLO E SOUZA, Laura de. *História da vida privada no Brasil: cotidiano e vida privada na América portuguesa*. vol. I. Mello e Souza, Laura de (Org). São Paulo: Companhia das Letras, 1997. p.440.

⁴⁶ CRUZ COSTA, João. As novas idéias. In: *O Brasil Monárquico. O processo de emancipação*. 2. ed. tomo II, vol I. Coleção História geral da civilização brasileira. Org: Sérgio Buarque de Holanda. Difusão Européia do Livro: São Paulo, 1965. p. 181. (corsivi nostri). In seguito il tratto originale in portoghese della citazione: "O Brasil atingira, no fim do século XVIII, um desenvolvimento incompatível com a tutela portuguesa, incapaz de servir à expansão de sua colônia. (...) A vinda da Corte portuguesa para o Brasil e a abertura dos portos em 1808, consequência das condições da política internacional, acelerariam o progresso dessa transformação. No mediocre cenário do Rio de Janeiro (...) teria lugar verdadeira febre de empreendimentos. Fundaram-se escolas (...), uma Imprensa Régia, que sempre nos fora recusada; em 1814 uma livreria, que seria o núcleo da

Come abbiamo menzionato sopra il soggiorno della corte portoghese fu piuttosto lungo, ed è continuato anche dopo il termine della minaccia che originalmente aveva spinto la corte verso il Brasile, ossia, pure essendo finita l'era Napoleonica con il congresso di Vienna nel 1815, Dom João VI non dava segnali di voler tornare in Portogallo. Ebbe inizio in Brasile quello che Carneiro da Cunha ha nominato la "naturalizzazione della Corte"⁴⁷ portoghese.

E il gesto più espressivo di questo desiderio della Corona di rimanere in Brasile, della sua "naturalizzazione", è stato non solo il ritardo o la mancanza di determinazione di tornare in Portogallo, ma l'elevazione della ex colonia al rango di regno nel 1815, si è costituito il Regno Unito di Portogallo, Brasile e Algarve.

E tale gesto non significò una semplice grazia da parte del re Dom João VI verso il territorio che lo aveva ospitato, comunicava un cambiamento dei ruoli di precedenza nel lungo rapporto colonia-metropoli tra Brasile e Portogallo. In altre parole, prendeva forma un vero processo di decolonizzazione e anche, secondo Faoro, di crescente disparità tra Brasile e Portogallo, poiché mentre il Portogallo aveva bisogno del Brasile per rianimare suo commercio e industria, il Brasile poteva, a quel punto, dispensare il Portogallo, con vantaggi per la sua economia.⁴⁸ E la disparità tra metropoli e colonia era evidente anche nei numeri di abitanti a Rio de Janeiro, ad esempio. Prima dell'arrivo della corte portoghese nel 1808 il Rio de Janeiro aveva circa cinquantamila abitanti, dieci anni dopo ne aveva centodiecimila.⁴⁹

Nel frattempo, in Portogallo, la situazione economica era critica: la fine del patto coloniale significò la rovina per i commercianti portoghesi che dipendevano quasi che totalmente dell'esclusività commerciale con la colonia più ricca del

nossa biblioteca nacional; o Museu, o Jardim Botânico. Uma verdadeira euforia (...) tomava conta da colônia. Criava-se tudo quanto até então nos havia sido recusado, tudo o que nos faltara, principalmente os utensílios, os instrumentos capazes de engendrar progressos no domínio da cultura intelectual. Era como se o Brasil despertasse de um prolongado sono e se pusesse a caminho da sua libertação. (...) O que a colônia não obtivera em três séculos, obtinha agora em menos de uma década."

⁴⁷ CARNEIRO DA CUNHA, Pedro Octávio. A fundação de um império liberal. In: *O Brasil Monárquico. O processo de emancipação*. 2. ed. tomo II, vol I. Coleção História geral da civilização brasileira. Org: Sérgio Buarque de Holanda. Difusão Européia do Livro: São Paulo, 1965. p. 147 e ss.

⁴⁸ FAORO, Raimundo. *Os donos do poder: formação do patronato político brasileiro*. 4. ed. São Paulo: Globo, 2008. p. 305.

⁴⁹ MOTA, Carlos Guilherme. Do Império luso-brasileiro ao Império brasileiro. In: MOTA, Carlos Guilherme (Coordenação). *Os juristas na formação do Estado-nação brasileiro: século XVI a 1850*. vol. I. São Paulo: Quartier Latin, 2006. p. 121.

regno.⁵⁰ Inoltre, le successive invasioni dalle truppe francesi, dopo l'evasione della corte, hanno contribuito al quadro di "terra devastata". Il popolo reclamava, pertanto, il ritorno del re e il ripristino dell'ordine anteriore, o quasi. Nel 1820 scoppia in Portogallo una rivoluzione liberale e costituzionalista che non solo esigeva il rientro del re, ma pure che il monarca giurasse una Costituzione, redatta dai rappresentanti dei sudditi, ultimando l'assolutismo del monarca. Oltre a ciò, il popolo esigeva che il Brasile tornasse alla condizione di colonia.

In vista di tale situazione e sottoposto ad una grande pressione e clamore popolare, Dom João VI lascia il Brasile nel 1821. L'anno successivo, suo figlio Pedro, che era rimasto in Brasile come principe reggente, proclama l'indipendenza del territorio che suo padre aveva governato per tredici anni.

L'indipendenza del Brasile fu il risultato della confluenza degli interessi delle élite locali e del principe reggente Dom Pedro. L'aristocrazia voleva preservare la monarchia e il regime di schiavitù, allontanando qualsiasi rischio di un regime repubblicano che la abolisse.⁵¹ Dall'altra parte, Dom Pedro ovviamente voleva mantenersi in carica, continuando la sua casa reale in Brasile,⁵² però senza la condizione di obbedienza a Portogallo e il ripristino della condizione di colonia. Il principe reggente, portoghese per nascita, ha colto l'occasione, e con l'approvazione delle élite, ha dichiarato la separazione del Brasile dal Portogallo nel 1822, diventando l'Imperatore Pedro I del Brasile, senza grandi rotture sociali o politiche: mantenendo la schiavitù e il regime monarchico.⁵³

⁵⁰ In quegli anni il Brasile era il principale mercato di commercio internazionale portoghese con responsabile per cinque sesti del volume di merce. FAORO, Raimundo. *Os donos do poder: formação do patronato político brasileiro*. 4. ed. São Paulo: Globo, 2008, p. 306.

⁵¹ In quel periodo soffiava in tutta America l'aria della rivoluzione liberale, degli ideali repubblicani e antischiavisti con il rappresentativo simbolo della rivoluzione degli schiavi neri in Haiti (1792-1804). Tale tendenza rivoluzionaria causava disagio alle élite brasiliane che non volevano che il processo d'indipendenza fosse condotto dagli estratti popolari e principalmente che ci fosse una rivoluzione di carattere antischiavista in Brasile. MOTA, Carlos Guilherme. *Do Império luso-brasileiro ao Império brasileiro*. In: MOTA, Carlos Guilherme (Coordenação). *Os juristas na formação do Estado-nação brasileiro: século XVI a 1850*. vol. I. São Paulo: Quartier Latin, 2006. *passim*.

⁵² È celebre la frase del re João VI in una lettera al figlio, Pedro, in cui il re afferma che nell'eminenza dell'indipendenza del Brasile sarebbe meglio che Pedro fosse il governante piuttosto che degli "avventurieri": "*Pedro, se o Brasil se separar, antes seja para ti, que me há de respeitar, do que para alguns desses aventureiros*". FAORO, Raimundo. *Os donos do poder: formação do patronato político brasileiro*. 4. ed. São Paulo: Globo, 2008, p. 309.

⁵³ È molto comune trovare nella bibliografia sulla storia del Brasile l'idea che il processo d'indipendenza del paese non fu condotto dalla popolazione ma di una classe dominante che volendo mantenere la situazione com'era aveva capito che bisognava cambiare, ma non troppo, con l'obiettivo di evitare conflitti, instabilità e rivolte. In questo senso Caio Prado Júnior analizza che: "Resulta daí que a Independência se fez por uma simples transferência política de poderes da metrópole para o novo governo brasileiro. E na falta de movimentos populares, na falta de

Il Brasile indipendente post-1882 continuava ad essere una regione molto arretrata, marcata profondamente dal periodo coloniale e principalmente dal regime di lavoro basato sulla schiavitù. La vita era rustica, le comunicazioni erano scarse, l'igiene primitiva e la cultura praticamente assente, conforme descritto da alcuni viaggiatori europei che sbarcarono in Brasile in quel periodo.⁵⁴

Nell'ambito giuridico, a contrario, esisteva la necessità di rinnovamento, di distacco dall'antico ordinamento giuridico dell'ex-metropoli. Mentre non si organizzava un codice civile moderno per il Brasile, l'Imperatore Pedro I determinò, con la legge 20 ottobre 1823, che tutta la legislazione anteriore all'indipendenza – che era essenzialmente la legislazione portoghese – continuasse in vigore in Brasile, inclusive le *Ordenações*, già a quel punto un testo molto arcaico e lacunoso, lacune esse che erano colmate dal diritto romano secondo la buona ragione.

L'esigenza più urgente, però, era una Costituzione. Così dopo l'indipendenza fu necessario iniziare i lavori per la redazione di un testo costituzionale tramite un'Assemblea Costituente. L'Assemblea fu costituita, però non riuscì ad arrivare alla fine dei lavori poiché fu sciolta per ordine dell'Imperatore che subito dopo nomina un gruppo di giuristi di sua fiducia per elaborare il testo costituzionale.⁵⁵

Dunque, la prima Costituzione del Brasile, che rappresenta il marco iniziale dell'ordine giuridico brasiliano indipendente, fu promulgata dall'Imperatore Pedro I nel 25 marzo 1824 senza la partecipazione dell'Assemblea. La Costituzione istituiva una monarchia costituzionale, liberale e parlamentarista, però molto centralizzata sulla figura dell'imperatore.

participação direta das massas neste processo, o poder todo é absorvido pelas classes superiores da ex-colônia, naturalmente únicas em contato direto com o regente e sua política. Fez-se a Independência praticamente à revelia do povo; e se isto lhe poupou sacrifícios, também afastou por completo sua participação na nova ordem política. A Independência é fruto mais de uma classe que da nação tomada em conjunto.” PRADO JÚNIOR, Caio. *Evolução política do Brasil*, 16. ed. São Paulo: Brasiliense, 1987, p.52-53.

⁵⁴ OBERACKER, Carlos. Viajantes, naturalistas e artistas estrangeiros. In: *O Brasil Monárquico. O processo de emancipação*. 2. ed. tomo II, vol I. Coleção História geral da civilização brasileira. Org: Sérgio Buarque de Holanda. Difusão Européia do Livro: São Paulo, 1965. p. 119-131.

⁵⁵ Per un riassunto delle vicende della formazione dell'Assemblea Costituente e suo posteriore scioglimento dall'Imperatore vedere: MOTA, Carlos Guilherme. *Do Império luso-brasileiro ao Império brasileiro*. In: MOTA, Carlos Guilherme (Coordenação). *Os juristas na formação do Estado-nação brasileiro: século XVI a 1850*. vol. I. São Paulo: Quartier Latin, 2006. p. 99-120; BANDECCHI, Brasil. Elementos de história do direito brasileiro. In: *Revista do Arquivo Municipal*, vol. CLXXIX, 1969, São Paulo. p. 189-234.

Nonostante l'importantissimo ruolo del nuovo testo costituzionale brasiliano per il nascente diritto pubblico nazionale, la disposizione costituzionale che più ci interessa in questo momento è quella contenuta nell'articolo 179, paragrafo XVIII,⁵⁶ che determina la redazione, il più presto possibile, di un Codice Civile per il paese. Quindi, era un mandamento costituzionale: il Brasile aveva bisogno di una legge civile, ma non qualsiasi legge. La Costituzione riconosceva la necessità di una legge civile moderna, un codice.

Era naturale e comprensibile tal esigenza, poiché, in quel periodo, in materia di diritto civile vigeva in Brasile non solo il Libro IV delle *Ordenações Filipinas* ma anche un insieme caotico di altre leggi e decreti reali portoghesi, e anche trovava grande spazio il diritto romano purché fosse conforme alla *boa razão*.

Nonostante l'espresso mandamento costituzionale di redazione di un codice civile, nel corso dell'Ottocento il Brasile non si è mosso fermamente nella direzione della codificazione com'era, invece, la tendenza in Europa. Infatti, è interessante notare che il Portogallo ha promulgato un Codice Civile nel 1867, chiaramente ispirato dal modello francese, abbandonando la sua tradizionale posizione di riverenza al diritto comune per adeguarsi alle premesse del *Code Civil*. Il Brasile, invece, non ha subito una forte influenza del movimento codificatorio francese ed è rimasto tutto l'Ottocento senza un codice civile.⁵⁷

I giuristi dell'ex-colonia portoghese, però, non sono rimasti fermi, aspettando l'avvento di un codice civile con cui lavorare e su cui elaborare una dottrina civilistica. In realtà, in Brasile c'è stato un adattamento degli istituti del "*diritto tradizionale portoghese alla nuova cultura giuridica in formazione, e soprattutto agli interessi economici delle élite agrarie*" durante tutto l'Ottocento.⁵⁸

In questo senso, in maniera molto lenta e graduale, il secolare testo delle *Ordenações*, ad esempio, viene derogato. I Libri I e II hanno perso la loro ragione d'essere con gli eventi rivoluzionari accaduti in Brasile tra 1808 e 1822 e sono stati sostituiti di forma definitiva dal testo costituzionale del 1824 e altre leggi. In

⁵⁶ Così la redazione dell'articolo 179, parágrafo XVIII: "Organizar-se-há quanto antes um Código Civil, e Criminal, fundado nas sólidas bases da Justiça e Equidade."

⁵⁷ GOMES, Orlando. *Raízes históricas e sociológicas do Código Civil brasileiro*. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 09-11.

⁵⁸ FONSECA, Ricardo Marcelo. Dal diritto coloniale alla codificazione: appunti sulla cultura giuridica brasiliana tra settecento e novecento. In: *Quaderni Fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*. n. 33/34, Tomo II, 2004/2005. Giuffrè: Milano. p. 969.

seguito, il Libro V è stato sostituito dal Codice Penale dell'Impero del 1830 e dal Codice di Procedura Penale del 1832. Il Libro III è stato sostituito parzialmente dal Regolamento 737 del 1850 che disponeva sulla procedura dei litigi nell'ambito del diritto commerciale,⁵⁹ conforme determinava il recente Codice Commerciale dell'Impero (Legge n. 556, 25 giugno 1850).

Il Libro IV, che trattava delle materie civili, fu poco a poco derogato nel corso dell'Ottocento, però continuava, in sostanza, vigente fino all'entrata in vigore del primo codice civile brasiliano, pubblicato nell'1° gennaio 1917.

La sussistenza di un testo arcaico com'erano le *Ordenações* e la mancanza di un codice civile durante tutto il periodo imperiale (1882-1889) contraddistinguono, dunque, il diritto civile brasiliano, "costituendone forse la più nitida caratteristica generale", conforme afferma, con molta proprietà, l'eminente giurista italiano Tullio Ascarelli:

(...) la storia del diritto brasiliano si contraddistingue per l'ininterrotto vigore, per più di tre secoli, delle ordinanze filippine, le quali perciò dimostrarono in Brasile una vitalità che non ha riscontro nella storia di nessun corpo legislativo moderno. Mentre in genere in Europa (ed anche nella penisola iberica) il profondo rinnovamento derivante dalla rivoluzione francese si traduceva in un radicale rinnovamento legislativo espresso nei codici del sec. XIX, tutti un po' figli del codice napoleone, in Brasile si passava direttamente (...) nel diritto civile, dal sistema delle ordinanze filippine al codice civile del 1916.⁶⁰

Ascarelli ha avuto l'opportunità di studiare il diritto brasiliano durante il suo soggiorno nel paese (1941-1946), dove ha insegnato presso alcune università brasiliane e elaborato diversi saggi sul diritto civile comparato, così come importantissime contributi al diritto commerciale brasiliano.⁶¹

⁵⁹ LOPES, José Reinaldo de Lima. *O Direito na História: lições introdutórias*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2008. p. 253.

⁶⁰ ASCARELLI, Tullio. Osservazioni di diritto comparato privato italo-brasiliano. In: ASCARELLI, Tullio. *Studi di diritto comparato e in tema di interpretazione*. Milano: Giuffrè, 1952. p. 81-82.

⁶¹ Ascarelli è stato costretto a lasciare l'Italia a seguito delle leggi razziali emanate dal regime fascista. In Brasile ha trovato accoglienza presso l'Università di São Paulo, dove ha insegnato per parecchi anni e ha fondato una scuola commercialista con la pubblicazione di diverse opere che, fino ai giorni attuali, continuano ad essere editate, poiché sono diventate opere classiche del diritto commerciale brasiliano: *Teoria geral dos títulos de crédito*. São Paulo: Saraiva, 1943 (edizione attuale del 2009, casa editrice Servanda); *Problemas das sociedades anônimas e direito comparado*. São Paulo: Saraiva, 1945; *Panorama do direito comercial*. São Paulo: Saraiva, 1947 (*edizione attuale del 2007, casa editrice Minelli). Paolo Grossi, ha dedicato un capitolo del suo libro "L'assolutismo giuridico e diritto privato" all'opera metodologica di Ascarelli. Grossi richiama l'importanza del periodo in cui Ascarelli è rimasto in Brasile, dove ha potuto mettere in pratica le sue già vaste conoscenze storiche del diritto europeo e anche, con lo sguardo curioso e disponibile di comparatista, ha percepito l'immenso valore dell'esperienza giuridica brasiliana che ancora conservava "reliquie" dello *ius commune* europeo. Vedere: GROSSI, Paolo. *L'assolutismo giuridico e diritto privato*. Milano: Giuffrè, 1998. p. 323-382. Su un altro importante professore italiano che ha trovato asilo in Brasile negli anni 40 del Novecento, ci racconta Paolo Carbone: "Ma Ascarelli non

Con particolare riguardo al diritto civile brasiliano, Ascarelli ha percepito le marche che l'assenza di un codice ottocentesco e la vigenza degli antichi testi del diritto portoghese e del diritto romano hanno imposto alla cultura civilista brasiliana: la tendenza di sempre tener conto della differenza tra legge e diritto e della lunga tradizione dei giuristi brasiliani di ricorrere ai concetti e studi della dottrina straniera come parametro valido di conoscenza e interpretazione del diritto nazionale:

(...) il giurista brasiliano, forse di più di quello europeo, ha sempre presente la differenza tra "diritto" e "legge" e meno che gli altri è incline a lasciarsi sedurre da un mero formalismo positivista, ed invece indotto a proporre costantemente, di fronte alla norma legislativa, il problema della conformità con "il diritto" a volte perciò adottando, nell'interpretazione della legge, criteri che possono ricondursi a quelli dei sistemi non codificati. La larga utilizzazione della dottrina straniera da parte della dottrina e della giurisprudenza in Brasile, corrisponde a sua volta anche ad una certa tendenza, espressamente sanzionata prima dell'introduzione del codice civile, a identificare il diritto nell'insegnamento al riguardo dominante "tra popoli colti" con una naturale tendenza antipositivistica e con minor rilievo perciò della legge positiva.⁶²

Allora, questa è la percezione di un giurista italiano che ha studiato il diritto brasiliano negli anni quaranta del Novecento. Come si può notare abbiamo fatto un gran salto nel tempo per evidenziare l'intensa influenza che il vecchio diritto portoghese (nelle sue più variate forme: leggi *extravagantes*, decreti reali, regimenti, le *Ordenações* e il diritto romano secondo la *boa razão*) ha usufruito nella cultura civilistica brasiliana. E la domanda che dobbiamo porsi ora è: cos'è successo nel frattempo? Ossia, cos'è cambiata nell'ordinamento civile brasiliano nel secolo trascorso tra la legge 23 ottobre 1823, che determinava il vigore dell'insieme confuso e caotico di leggi civili d'origine portoghese, e l'avvenimento del primo codice civile brasiliano nel 1917.

fu solo. Enrico Tullio Liebman è stato per il Brasile un *padre del diritto processuale*. Arrivò in Brasile nel 1939, a soli 36 anni, dopo un breve soggiorno in Argentina e Uruguay, e vi trovò stimoli sufficienti a rimanere, sia per la recente entrata in vigore del primo *Código de Processo Civil Brasileiro* – su ispirazione del codice tedesco, austriaco e portoghese –, sia per l'accoglienza dei colleghi della USP- Università di São Paulo, che gli offrirono un contratto per insegnare diritto processuale fino al 1946, grazie al quale le sue idee, estremamente rivoluzionarie per l'epoca, influenzarono numerosi giuristi brasiliani. Per queste ragioni si è soliti dire che Liebman fondò una vera e propria scuola: la *Escola Processual de São Paulo*. Fu proprio questa scuola, grazie ad uno dei suoi più capaci allievi, il Prof. Alfredo Buzaid, che con i suoi insegnamenti determinò la sostituzione del *Código de Processo Civil* nel 1973." CARBONE, Paolo L. *Latin American System*. Relazione tenuta al XXI colloquio biennale dell'Associazione italiana di diritto comparato, Venezia 9-11 giugno 2011. Disponibile in: http://www.comparazionedirittocivile.it/prova/files/carbone_latin.pdf. p. 36

⁶² ASCARELLI, Tullio. Osservazioni di diritto comparato privato italo-brasiliano. In: ASCARELLI, Tullio. *Studi di diritto comparato e in tema di interpretazione*. Milano: Giuffrè, 1952. p. 82.

Politicamente, nel giro di un secolo, è cambiato il sistema politico: siamo passati dalla monarchia alla repubblica nel 15 novembre 1889.⁶³ E un anno prima è stata promulgata la *Lei Áurea*⁶⁴ (Legge Aurea) che ha abolito definitivamente la schiavitù.⁶⁵

Nell'ambito economico il Brasile è passato da un'economia chiusa e molto arretrata basata sulla mano d'opera schiava, centrata sulla produzione della canna da zucchero, dove il regime della proprietà fondiaria (secondo il sistema delle *sesmarias*) era assolutamente confuso e dipendente di concessioni statali; ad una economica più sviluppata e dinamica, anche se ancora molto centrata sulla agricoltura (era il momento della produzione del caffè per il mercato esterno) che contava con mano d'opera libera (in molti regioni lavoratori europei, specie degli immigranti italiani), avvicinandosi dei parametri di una economia capitalista moderna. Infatti, gli ultimi tre decenni prima della proclamazione della repubblica, avvenuta nel 1889, sono caratterizzati dall'espansione del coltivo del caffè nel centro-sud del paese. A causa del caffè, tra il 1870-1880, il Brasile ha sperimentato un periodo d'intesa attività mercantile che ha permesso un sorto di

⁶³ Per un riassunto sui fattori che hanno condotto alla proclamazione della repubblica in Brasile consultare il capitolo 11 dell'opera: COSTA, Emília Viotti da. *Da monarquia à república: momentos decisivos*. 7. ed. São Paulo: Unesp, 1999. p. 447-488.

⁶⁴ Legge Imperiale n. 3.353 del 13 maggio 1888. La Legge Aurea fu preceduta da una sequenza di leggi che regolavano l'estinzione graduale della schiavitù. La prima è stata la *Lei Eusébio de Queirós* del 1850, che vietava il traffico transatlantico di schiavi africani verso il Brasile. Dopo c'è stata la Legge n. 2.040 (Legge del ventre libero), del 28 settembre 1871, che ha reso liberi tutti i neonati figli di schiavi, e la Legge n. 3.270 (Legge Saraiva-Cotegipe), del 28 settembre 1885, che regolamentava la liberazione degli schiavi con più di sessantacinque anni. Il Brasile fu l'ultimo paese del continente americano ad abolire completamente la schiavitù e tale dimora ha lasciato profonde tracce sociali. Per un riassunto del dibattito giuridico del regime di schiavitù brasiliano vedere: LOPES, José Reinaldo de Lima. *O Direito na História: lições introdutórias*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2008. p. 322-330.

⁶⁵ Per capire meglio i mutamenti sociali ed economici che erano in corso nel Brasile Imperiale nei tre decenni anteriori alla promulgazione della repubblica riproduciamo qui la lezione di Fernando Henrique Cardoso: "Negli ultimi decenni dell'Impero la cosiddetta 'questione sociale' e la sua critica hanno messo a nudo le fondamenta su cui si poggiava la struttura della società brasiliana: la schiavitù e la grande proprietà fondiaria. La decomposizione dell'ordine "proprietario-schiavo", anche se era stata accelerata, nella fase finale, dall'azione della Corona, in ultima analisi ha minato l'istituzione monarchica. Tuttavia, se è vero che, in sostanza, le riferite istituzioni e le loro basi sociali - Corona, schiavitù, grande proprietà - riassumono il quadro della società brasiliana al momento dell'Impero, la sua dinamica difficilmente può essere interpretata nel senso che solo a causa dei conflitti tra di loro è che il regime monarchico è finito.(...) In realtà dalla fine del commercio degli schiavi e dall'introduzione di immigrati europei, e in particolare dopo l'inizio dell'espansione della coltivazione del caffè negli anni Settanta, l'economia imperiale cominciò a contare su altre forze sociali, per non parlare che, sin dall'indipendenza, il ruolo della borghesia mercantile era importante nella politica.". CARDOSO, Fernando Henrique. *Dos governos militares a Prudente* – Campos Sales. In: *O Brasil Republicano. Estrutura de poder e economia (1889-1930)*. tomo III, vol I. Coleção História geral da civilização brasileira. Org. Boris Fausto. São Paulo: DIFEL, 19???. p.16-17.

sviluppo urbano-industriale. Come conseguenza la società brasiliana dell'epoca si dinamizzò con la crescita dei centri urbani e anche delle immigrazioni.⁶⁶

Nell'ambito del diritto civile si osserva una cultura giuridica che allo stesso tempo che ha promosso la continuità con la tradizione giuridica portoghese "ricevuta in eredità", ha anche lavorato per promuovere un lento, graduale ma insistente distaccamento di questa tradizione tramite l'edizione di numerose leggi civili durante tutto il periodo imperiale (1822-1889).

Il primo meccanismo per costruire una cultura giuridica propria fu la creazione dei due primi corsi giuridici del Brasile nel 1827⁶⁷: uno a São Paulo, l'altro a Olinda, che alcuni anni dopo è stato trasferito a Recife.⁶⁸ Fino alla fondazione di questi corsi i brasiliani che volessero studiare giurisprudenza dovevano recarsi all'Università di Coimbra a Portogallo o altre università europee, giacché non era consentita la creazione di Università o Facoltà dai privati, soltanto lo Stato poteva creare e amministrare i corsi superiori.

Al riguardo della legislazione civile editata nell'Ottocento brasiliano, hanno avuto grande importanza la cosiddetta *Lei de Terras* del 1850, il Codice Commerciale del 1850 e la magnifica opera del grande giurista brasiliano Augusto Teixeira de Freitas costituita dalla *Consolidação das Leis Civis* del 1858 (primo tentativo di sistematizzazione e compilazione delle leggi civili brasiliane) e dell'*Esboço do Código Civil* del 1864, primo progetto di Codice Civile brasiliano.

⁶⁶ CARDOSO, Fernando Henrique. Dos governos militares a Prudente – Campos Sales. In: *O Brasil Republicano. Estrutura de poder e economia (1889-1930)*. tomo III, vol I. Coleção História geral da civilização brasileira. Org. Boris Fausto. São Paulo: DIFEL, 1977. p. 16 ss. Per più dettagli sul processo di urbanizzazione del Brasile nel secolo XIX vedere: COSTA, Emília Viotti da. *Da monarquia à república: momentos decisivos*. 7. ed. São Paulo: Unesp, 1999. p. 233-268.

⁶⁷ Infatti, conforme Matos Peixoto: "La creazione dei corsi giuridici nel 11 agosto 1827 marca l'inizio della nostra emancipazione giuridica in materia di diritto privato." MATOS PEIXOTO, José Carlos. A Codificação de Teixeira de Freitas. In: *Revista Forense Comemorativa 100 anos*. Tomo II. NADER, Paulo (coord.). Rio de Janeiro: Forense, 2006. p. 57-101.

⁶⁸ I due primi corsi giuridici brasiliani furono creati dalla Legge dell'11 agosto 1827. La facoltà di giurisprudenza di Recife sarà palco della cosiddetta "Scuola di Recife", movimento di carattere poetico, filosofico, sociologico e giuridico tra gli anni 1860 e 1900 circa, la cui principale figura è stato il giurista Tobias Barreto. Altre figure importanti del movimento furono: Sílvio Romero, Clóvis Beviláqua (futuro autore del Codice Civile brasiliano del 1916), Castro Alves (grande poeta sostenitore dell'abolizionismo), Graça Aranha, Martins Júnior, ecc. La "Scuola di Recife", nel suo aspetto giuridico, fu un importantissimo movimento poiché Tobias Barreto ha collaborato enormemente alla diffusione degli autori e delle teorie giuridiche e filosofiche tedesche in Brasile, segnalando un cambiamento della storia del pensiero giuridico e filosofico brasiliano, finora fondato soltanto sull'influenza dottrinale portoghese e francese. Per saperne di più consultare l'ottima opera del giurista italiano Mario Losano, che si è dedicato allo studio della vita, opera, influenze e importanza non solo di Tobias Barreto ma anche della propria "Scuola di Recife": LOSANO, Mario. *Un giurista tropicale. Tobias Barreto fra Brasile reale e Germania ideale*. Laterza: Bari, 2000.; LOSANO, Mario. La Scuola di Recife e l'influenza tedesca sul diritto brasiliano. In: *Materiali per una storia della cultura giuridica*, vol. IV, 1974. Il Mulino: Bologna, p.323-415.

Parleremo, in separato, di questi tre episodi rilevanti per il diritto civile brasiliano dell'Ottocento, incominciando dalla *Lei de Terras*.

La *Lei de Terras*⁶⁹ sancì una trasformazione radicale del regime della proprietà fondiaria in Brasile, giacché, secondo il regime fondiario fino a quel momento vigente - proprietà fondiaria privata via concezione di *sesmarias* o per semplice possesso ed occupazione - la proprietà dei fondi rustici non corrispondeva al concetto moderno di proprietà privata.

Laura Beck Varela⁷⁰ ci informa che il sistema di *sesmarias* inizialmente impiantato in Brasile si caratterizzava dalla donazione di fondi rustici da parte della corona portoghese ai cittadini privati che avessero l'interesse e i mezzi economici (ossia, la capacità di acquistare schiavi, la mano d'opera comune all'epoca) per occupare e coltivare i domini donati. La proprietà terriera, dunque, non era oggetto di compra o di vendita, non rappresentava un bene che potesse circolare liberamente, era una proprietà condizionata alla donazione della corona portoghese e al coltivo di un certo tipo di piantagione prestabilita, a quel epoca interessava alla Corona portoghese il coltivo della canna da zucchero.⁷¹

Questo modo di acquisizione della proprietà fondiaria è rimasto in vigore dal 1500 al 1822 ed era "la regola generale, forma giuridica che strumentalizza le

⁶⁹ Legge n. 601 del 18 de settembre 1850.

⁷⁰ Per uno studio approfondito sulla storia dei regimi fondiari in Brasile consultare l'opera: VARELA, Laura Beck. *Das sesmarias à propriedade moderna: um estudo de história do direito brasileiro*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. L'autrice ricostituisce la storia del regime fondiario brasiliano, iniziando sua analisi dalle antiche leggi portoghesi di *sesmarias* per poi arrivare alla storia brasiliana.

⁷¹ È interessante riprodurre qui le caratteristiche della *sesmaria* conforme riferisce Laura Beck Varela. La prima caratteristica è il suo carattere pubblico: il territorio brasiliano apparteneva di diritto alla corona poiché il Portogallo lo considerava di sua esclusiva proprietà in ragione delle concessioni papali e del trattato di Tordesillas stipulato con la Spagna nel 1494. Di conseguenza, le terre brasiliane che inizialmente appartenevano totalmente alla Corona cominciano a passare gradualmente agli individui in forma di concessioni del re: la *sesmaria*. Un'altra caratteristica importante del regime di *sesmarias* è la gratuità del dono della terra al proprietario privato. Il *sesmeiro*, dunque, non pagava per avere il dominio di sua *sesmaria*, però come compensazione dovrebbe contribuire alla tutela del territorio della Corona costruendo edifici di protezione militare contro eventuali invasori. Oltre all'obbligo di difesa, il *sesmeiro* dovrebbe destinare la terra alla produzione di canna da zucchero, secondo la linea di monocultura di esportazione impostata dal regno portoghese. La monocultura dello zucchero esigeva che l'area concessa fosse ampia, il che imponeva che la proprietà avessi un gran numero di persone per essere produttiva. E dovuto alla scarsità di persone libere disposte a lavorare in una fattoria di monocultura localizzata in sudamerica i *sesmeiros* hanno ricorso all'uso della mano d'opera degli schiavi catturati in Africa. Così, la possibilità di acquistare degli schiavi era, in molti casi, una condizione importante per ricevere la *sesmaria* in donazione. Vedere: VARELA, Laura Beck. *Das sesmarias à propriedade moderna: um estudo de história do direito brasileiro*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, passim p.71-118.

concessioni regie nel territorio ad essere esplorato”,⁷² e la sua base legale era il paragrafo nove del Libro IV delle *Ordenações*.

Nel 1822 il regime fondiario delle *sesmarias* finisce tramite un decreto⁷³ del principe reggente Dom Pedro che decide terminare la concessione di nuove *sesmarias* in ragione della caotica situazione fondiaria brasiliana raggiunta dopo secoli di donazioni di terre che molto spesso non erano propriamente registrate nelle sue esatte dimensioni. Trattava si di un gran numero di *sesmarias* non delimitate, non immatricolate, né confermate e tale imprecisione ha causato dei conflitti e delle incertezze.

Nonostante il disordinato ambiente agrario brasiliano, tra 1822 e 1850 nessuna legge è stata editata per regolare la proprietà fondiaria e il suo modo di acquisizione. In questo periodo è predominata il semplice possesso o l'occupazione del territorio come forma di acquisto di un fondo rurale. Infatti, conforme ci spiega Laura Beck Varela:

É caótico o cenário da distribuição territorial que a nova legislação agrária pretendia organizar, na segunda metade do séc. XIX. Tratava-se de um grande número de sesmarias não demarcadas, nem registradas, nem confirmadas; igualmente significativa era a quantidade de simples 'posses', prática comum de aquisição da terra, que se firmou paralelamente aos complexos trâmites burocráticos para as doações de sesmarias.⁷⁴

La riforma introdotta dalla *Lei de Terras* nel 1850, pertanto, è molto significativa perché organizza il dominio delle proprietà fondiarie permettendo, per la prima volta in trecento anni di occupazione del territorio brasiliano, che le terre potessero essere vendute, comprate, ipotecate, assicurate o date in garanzia, ovvero che la proprietà fondiaria fosse considerata un diritto individuale in senso moderno. Ricorriamo ancora all'analisi di Laura Beck Varela, secondo l'autrice la *Lei de Terras* rappresentò un

(...) verdadeiro marco na história da propriedade privada brasileira. Subsistiu por mais de meio século como única legislação reguladora da apropriação territorial no direito brasileiro. A Lei de Terras procurará, fundamentalmente, conferir um estatuto jurídico à propriedade privada, adequando-a às novas exigências econômicas, além de fomentar a colonização. Para tanto institui a formalidade do registro, conceitua terras

⁷² VARELA, Laura Beck. *Das sesmarias à propriedade moderna: um estudo de história do direito brasileiro*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

⁷³ Era la “Resolução n.76” del 17 luglio 1822.

⁷⁴ VARELA, Laura Beck. *Das sesmarias à propriedade moderna: um estudo de história do direito brasileiro*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p. 108.

devolutas, proibindo sua aquisição de outro modo que não fosse a compra (atendida a exigência do preço mínimo).⁷⁵

L'anno di 1850 non corrisponde soltanto all'anno dell'edizione di una nuova disciplina regolatrice della proprietà agraria privata in Brasile. Nel 1850, è stato promulgato il primo Codice Commerciale brasiliano,⁷⁶ che è considerato il primo codice di commercio originale del continente americano giacché il suo contenuto non denota ispirazione in un solo modello di codice di commercio, perché i legislatori si sono utilizzati di vari modelli, come il codice francese (1807), lo spagnolo (1829), il portoghese (1833) e l'olandese (1838).⁷⁷

Il codice commerciale del 1850 era diviso in tre parti: dal commercio in generale (Parte I), dal commercio marittimo (Parte II) e dei fallimenti (Parte III). La Parte I ha avuto una lunghissima vigenza, è stata abolita soltanto nel gennaio 2003 quando è entrato in vigore l'attuale Codice Civile brasiliano, il quale, fedele al modello italiano, ha promosso l'unificazione del diritto privato, disciplinando i contenuti tipici di diritto commerciale al suo interno. La Parte II, sul commercio marittimo, continua in vigore in Brasile e la Parte III, sui fallimenti, è trattata dalla recente legge fallimentare n. 11.101 del 9 febbraio 2005.

Non è esagero affermare che il Codice Commerciale del 1850 - con i suoi concetti sulle nullità dei contratti e regole generali di interpretazione dei contratti⁷⁸ -

⁷⁵ VARELA, Laura Beck. *Das sesmarias à propriedade moderna: um estudo de história do direito brasileiro*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p. 134.

⁷⁶ Legge n. 556, del 25 luglio 1850. Nonostante il lungo periodo trascorso tra l'indipendenza del Brasile nel 1822 e la promulgazione del codice commerciale nel 1850, gli scambi commerciali non si sono fermati a causa dell'assenza di una legge unificatrice dei rapporti mercantili. In realtà, per mezzo della vigenza nel Brasile indipendente della *Lei da Boa Razão*, che autorizzava il ricorso sussidiario alle leggi delle nazioni "cristiane, illuminate e civili", il diritto commerciale francese, spagnolo e portoghese hanno avuto status di "vera legislazione mercantile nazionale", secondo spiega: CARVALHO DE MENDONÇA, José Xavier. *Tratado de Direito Comercial brasileiro*. vol. 1. São Paulo: Russel, 2003, n.8 e ss.

⁷⁷ IGLÉZIAS, Paola d'Andretta. A legislação comercial e o movimento de codificação civil no segundo reinado. In: *Os juristas na formação do Estado-Nação brasileiro 1850-1930*. MOTA, Carlos Guilherme. FERREIRA, Gabriela Nunes. (coord.). São Paulo: Saraiva, 2010. p. 170.

⁷⁸ Un esempio interessante di questo protagonismo del Codice Commerciale è il suo articolo 131, n. I, che faceva riferimento espresso alla buona fede come criterio d'interpretazione delle clausole dei contratti commerciali. La dottrina commercialista dell'epoca, tuttavia, non ha mai riservato alla buona fede contrattuale espressa nel testo del Codice Commerciale una grande rilevanza, conforme afferma: MOREIRA ALVES, José Carlos. A contribuição do antigo direito português no código civil brasileiro. In: *Estudos de direito civil brasileiro e português* (I Jornada luso-brasileira de direito civil). São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980. p. 60. Il Codice Civile del 1916 non ha accolto espressamente la buona fede oggettiva come canone d'interpretazione dei contratti di modo che, soltanto con l'edizione del Codice del Consumo brasiliano nel 1990 (*Código de Defesa do Consumidor*) e più tardi con l'edizione del recente Codice Civile del 2002, è che il diritto privato brasiliano ha accolto la buona fede in maniera espressa nei testi legali. Per uno studio approfondito sulla buona fede nel diritto privato brasiliano e i suoi sviluppi consultare MARTINS-COSTA, Judith.

ha svolto un ruolo molto importante per la dottrina del diritto civile brasiliano dell'Ottocento nella mancanza di un codice civile.⁷⁹ A tal punto che Lima Lopes considera che l'approvazione del Codice Commerciale "fu un fattore importante per ritardare l'edizione del Codice Civile",⁸⁰ e la ragione è semplice: esso ha regolato gli istituti veramente importanti per lo sviluppo economico, che sono i contratti e le garanzie di natura mercantile.⁸¹

Gli anni 50 dell'Ottocento, dunque, hanno contrassegnato il diritto brasiliano in generale e il diritto civile in specifico. Oltre all'avvenimento della *Lei de Terras* e del primo Codice di diritto commerciale nel 1850, nel 1855 il governo imperiale ha contrattato il giurista Augusto Teixeira de Freitas⁸² per realizzare un ambizioso progetto di codificazione del diritto civile nazionale. Questo progetto contava con due tappe: la prima era destinata a formulare una raccolta di tutto il diritto civile vigente o già derogato in Brasile e Portogallo.

Consisteva, pertanto, in un compito assai complesso, dato che bisognava analizzare e organizzare un vastissimo e caotico universo composto di

A boa-fé no direito privado. Sistema e tópicos no processo obrigacional. São Paulo: Revista do Tribunal, 1999. p. 381-515.

⁷⁹ LOPES, José Reinaldo de Lima. *O Direito na História: lições introdutórias*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2008. p. 271-272

⁸⁰ LOPES, José Reinaldo de Lima. *O Direito na História: lições introdutórias*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2008. p. 310.

⁸¹ Nel corso dell'Ottocento e del Novecento varie leggi di carattere mercantile promuovono molte modifiche e aggiornamenti al Codice Commerciale del 1850. Nel 1882 sorge la Legge sulle Società Anonime (Legge n. 3.150 dello 04 novembre 1882) che ha permesso lo stabilimento di società anonime senza l'autorizzazione dello stato, modificando il contenuto del Codice Commerciale. Alcuni anni dopo, con la proclamazione della repubblica, viene pubblicato il Decreto n. 434, del 4 de luglio 1891, che ha consolidato la legislazione sulle società anonime. Nel 24 ottobre 1890 entra in vigore una legge (Decreto n. 917) che riforma il Codice Commerciale nella parte sul regime fallimentare. Pochi anni dopo, nel 1904, la Legge n. 2024 regola il concordato preventivo realizzato tramite contratto tra l'impresa e i suoi creditori. Il regime fallimentare brasiliano sarebbe unificato soltanto nel 1945 con il Decreto Legge n. 7666 (*Lei de Falências*) che ha revocato tutte le disposizioni fallimentari del Codice Commerciale del 1850 e sopramenzionate leggi. Attualmente, i fallimenti e i concordati preventivi sono regolati dalla Legge n. 11.101 del 09 febbraio 2005. Un altro ramo del Codice Commerciale che è stato revocato da una legge speciale posteriore riguarda i titoli di credito: il Decreto n. 2044 del 1908, che è ancora in vigore in Brasile, stabilisce le regole sulle cambiali e i *commercial papers*, dette *notas promissórias* in portoghese.

⁸² Augusto Teixeira de Freitas, laureato presso la Facoltà di Giurisprudenza di Olinda, nel 1837, è nato nel 19 agosto 1816 nel comune di Cachoeira, provincia di Bahia. Fu durante tutta la sua vita avvocato militante e dedicato studioso del diritto romano, della dottrina francese e soprattutto degli autori tedeschi i quali leggeva nelle traduzioni francese d'allora. Fu il fondatore dell'*Instituto dos Advogados Brasileiros*, nonché professore e autore di due opere di altissima importanza per il diritto civile brasiliano: la *Consolidação das Leis Civis* e l'*Esboço do Código Civil*. Indubabilmente Teixeira de Freitas è stato il più importante giurista dell'Ottocento brasiliano. Secondo Silvio Meira, Teixeira de Freitas: "Non era un teorico, come alcuni hanno affermato. Sua esperienza è stata acquisita nel foro. Sua formazione dottrinale era europea, certamente, però attenta alle peculiarità nazionali, alle quali ha cercato di adattare al diritto romano e alle opere di autori stranieri." Vedere: MEIRA, Silvio A. B. O pensamento criador de Teixeira de Freitas. In: *Novos e velhos temas de direito*. MEIRA, Silvio A. B. (org.). Rio de Janeiro: Forense, 1973. p. 248.

numerosissime leggi, consuetudini, decreti, regolamenti, giurisprudenze, nonché delle vecchie *Ordenações* e del diritto romano utilizzato secondo la *boa razão*. Siccome si trattava di una raccolta di leggi, l'opera ha preso il nome di *Consolidação das leis civis* (Consolidazione delle leggi civili, in italiano) e una volta compiuta sarebbe iniziata la seconda tappa: la presentazione di un progetto di Codice Civile basato sulla *Consolidação*.⁸³ La *Consolidação* era, dunque, la condizione per la codificazione in Brasile.

Per i lavori della *Consolidação*, il compito di Augusto Teixeira de Freitas è stato stipulato da un contratto stabilito tra lui e il governo imperiale, il quale consisteva nel consolidare e classificare tutta la legislazione patria, inclusive quella portoghese vigente prima dell'indipendenza, in modo cronologico, osservando la divisione tra diritto pubblico e privato, con l'intuito di mostrare "o último estado da Legislação".⁸⁴

Dopo due anni della contrattazione, Teixeira de Freitas presenta al governo la sua *Consolidação das leis civis* nel 1857. Questo lavoro di compilazione, preceduto da una lunga e preziosissima "Introduzione", si divide in due parti: una Parte Generale (che tratta "delle persone" e "dei beni") e una Parte Speciale, divisa in due libri: "*Dos direitos pessoais*" e "*Dos direitos reais*".⁸⁵

⁸³ Corrado Pecorella, nel procedere l'analisi dell'esperienza brasiliana della codificazione civile, allerta che il termine *Consolidação* può produrre una certa confusione concettuale giacché la nozione europea sulla distinzione tra consolidazione e codificazione non permette la percezione esatta del fenomeno brasiliano rappresentato dalla *Consolidação das leis civis*. In altre parole, Pecorella vuole dire che "*presenta qualche rischio, si diceva, l'applicazione dei nostri schemi concettuali, nati da un'esperienza europea e del XVIII secolo, all'opera di un giurista brasiliano del secolo successivo, pur se come nel nostro si tratti di un giurista bene informato di quel che si faceva e scriveva in Europa, e incline a svolgere il suo compito mediando tra il diritto romano e quello francese, entrambi parte integrante dell'esperienza degli storici del diritto*". La consolidazione o raccolta significa, secondo il concetto tradizionale, la riunione della normativa vigente in un testo unitario che rappresenta novità per quanto riguarda la forma, ma si mantiene fedele alla tradizione relativamente al contenuto, non avendo, però, la pretesa di esaurire tutti i contenuti della materia. Il codice, invece, è sempre innovativo ed esaustivo nel suo contenuto. La *Consolidação* realizzata da Teixeira de Freitas non si aggiusta né al modello di consolidazione/raccolta né al modello di codice. Vedere: PECORELLA, Corrado. Consolidazione e codificazione in una esperienza brasiliana. In: *Augusto Teixeira de Freitas e il diritto latinoamericano*. SCHIPANI, Sandro (a cura di). Roma e America Collana di studi giuridici latinoamericani. Padova: CEDAM, 1988. p. 221-222.

⁸⁴ Così diceva il testo del contratto tra il governo e Teixeira de Freitas: "Consiste a Consolidação em mostrar o último estado da Legislação. A Consolidação será feita por títulos, e artigos, em os quais serão reduzidos a preposições claras e sucintas as disposições em vigor. Em notas correspondentes deverá citar a lei, que autoriza a disposição; e declarar o costume que estiver estabelecido contra, além do texto." TEIXEIRA DE FREITAS, Augusto. *Consolidação das Leis Cívicas*, 3. ed. Rio de Janeiro: B. L. Garnier, 1876. p. XXXI..

⁸⁵ Per più dettagli sui contenuti della *Consolidação* consultare - nonché il proprio Teixeira de Freitas (*Consolidação das Leis Cívicas*, 3. ed. Rio de Janeiro: B. L. Garnier, 1876.) – i seguenti autori: POUSADA, Estevan Lo Ré. *Preservação da tradição jurídica luso-brasileira: Teixeira de*

L'Introduzione alla *Consolidação* è quasi più importante del testo della *Consolidação* considerata in sé. Essa consiste, infatti, nel “*ponto mais alto desse trabalho*”⁸⁶, nella quale l'autore divide il suo lavoro di raccolta legislativa in una parte pratica e una parte scientifica. La parte pratica della *Consolidação*, spiega Teixeira de Freitas nella sua Introduzione, consisteva nel faticoso lavoro di ricerca e compilazione di tutta la legislazione civile in vigore per poi ridurla a regole precise e concise. La parte scientifica o teorica, invece, era lo spazio creativo, dove Teixeira de Freitas ha determinato i fondamenti della sua raccolta legislativa tramite lo stabilimento dei *limiti teorici del diritto civile brasiliano* (il diritto commerciale, ad esempio, è stato lasciato fuori dall'ambito diritto civile perché già possedeva normativa propria con il Codice di Commercio del 1850) e della *sistematica* che ha scelto per portare avanti un compito così complesso, considerato l'insieme caotico del diritto civile brasiliano all'epoca.

E, infatti, prova dello “spirito creatore”⁸⁷ del suo autore, è giustamente la sua scelta sistematica molto originale. Teixeira de Freitas innova quando divide la sua raccolta – che doveva essere una semplice *consolidazione* e non un codice vero e proprio - in una parte generale, che trattava sui presupposti dei diritti soggettivi in generale, e una parte speciale, sui diritti soggettivi in specie. Bisogna

Freitas e a Introdução à Consolidação das Leis Cíveis. Dissertação de Mestrado sob a orientação do Prof. Ignácio Maria Poveda Velasco do Departamento de Direito Civil – Área de História do Direito – da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2006. Acesso: <http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2131/tde-31102006-172941/pt-br.php>. AMARAL NETO, Francisco dos Santos. Técnica Jurídica na obra de Freitas. A criação da dogmática civil brasileira. In: *Augusto Teixeira de Freitas e il diritto latinoamericano*. SCHIPANI, Sandro (a cura di). Roma e America Collana di studi giuridici latinoamericani. Padova: Cedam, 1988. p. 155-170.; MEIRA, Silvio A. B. O pensamento criador de Teixeira de Freitas. In: *Novos e velhos temas de direito*. MEIRA, Silvio A. B. (org.). Rio de Janeiro: Forense, 1973. p. 247-280.; BANDECCHI, Brasil. Elementos de história do direito brasileiro. In: *Revista do Arquivo Municipal*, vol. CLXXIX, 1969, São Paulo. p. 207-215.; MOREIRA ALVES, José Carlos. A formação romanística de Teixeira de Freitas e seu espírito inovador. In: *Augusto Teixeira de Freitas e il diritto latinoamericano*. SCHIPANI, Sandro (a cura di). Roma e America Collana di studi giuridici latinoamericani. Padova: CEDAM, 1988. p. 17-39.; PECORELLA, Corrado. Consolidazione e codificazione in una esperienza brasiliana. In: *Augusto Teixeira de Freitas e il diritto latinoamericano*. SCHIPANI, Sandro (a cura di). Roma e America Collana di studi giuridici latinoamericani. Padova: CEDAM, 1988. p. 221-241.; VILLELA, João Baptista. Da Consolidação das leis civis à teoria das consolidações: problemas histórico-dogmáticos. In: *Augusto Teixeira de Freitas e il diritto latinoamericano*. SCHIPANI, Sandro (a cura di). Roma e America Collana di studi giuridici latinoamericani. Padova: CEDAM, 1988. p. 241-253.

⁸⁶ MOREIRA ALVES, José Carlos. A formação romanística de Teixeira de Freitas e seu espírito inovador. In: *Augusto Teixeira de Freitas e il diritto latinoamericano*. SCHIPANI, Sandro (a cura di). Roma e America Collana di studi giuridici latinoamericani. Padova: CEDAM, 1988. p. 26.

⁸⁷ MOREIRA ALVES, José Carlos. A formação romanística de Teixeira de Freitas e seu espírito inovador. In: *Augusto Teixeira de Freitas e il diritto latinoamericano*. SCHIPANI, Sandro (a cura di). Roma e America Collana di studi giuridici latinoamericani. Padova: CEDAM, 1988. p. 26.

risaltare che siamo nel 1857, dunque, molti anni prima del BGB e della sua consacrata divisione sistematica delle regole civili tra parte generale e speciale.⁸⁸

Un altro aspetto molto rilevante della *Consolidação*, è che Teixeira de Freitas non ha raccolto nessuna legge sulla schiavitù, evitando che la sua raccolta contemplassi qualsiasi regolazione sugli schiavi e il suo corrispettivo valore commerciale, giacché erano considerati non come persone ma come beni passibili di compravendita, eredità, ecc. Teixeira de Freitas giustifica tal esclusione dicendo che, nonostante non potesse negare l'esistenza della schiavitù in Brasile, era consapevole che questo regime non aveva un futuro lungo ed era una pratica vergognosa e infame che non poteva essere considerata all'interno di una legislazione civile moderna. Per questo motivo, l'autore suggerisce che i rapporti di schiavitù siano regolati da una legge civile speciale, che lui ha suggerito di chiamare il "codice nero".⁸⁹

La *Consolidação*, insieme alla sua Introduzione, è considerata l'apice del pensiero giuridico e della dogmatica civilistica brasiliana nel XIX secolo, "un lavoro cristallino di analisi delle condizioni giuridiche del nostro paese e delle direttrici ad essere tracciate per il futuro".⁹⁰ Pontes de Miranda considera l'opera:

ampla, erudita, fiel, em que se casam o espírito de organização e a técnica codificadora, de modo a constituir admirável construção, com os mais esparsos e infirmes elementos legislativos então vigentes e oriundos de 1603 a 1857.⁹¹

Quindi, completato l'incarico della redazione della *Consolidação*, il governo ha nominato una commissione di giuristi per esaminare il lavoro eseguito, ritenendo per l'approvazione, nel dicembre 1858, della prima tappa del progetto di codificazione delle leggi civili. Nel 1859, Teixeira de Freitas assume, dunque, la

⁸⁸ È necessario, tuttavia, riferire che la parte generale elaborata da Teixeira de Freitas non anticipa esattamente il contenuto della parte generale del futuro BGB, poiché, conforme osserva Moreira Alves, l'autore della *Consolidação* non ha trattato dei fatti giuridici (leciti o illeciti). Vedere MOREIRA ALVES, José Carlos. A formação romanística de Teixeira de Freitas e seu espírito inovador. In: *Augusto Teixeira de Freitas e il diritto latinoamericano*. SCHIPANI, Sandro (a cura di). Roma e America Collana di studi giuridici latinoamericani. Padova: CEDAM, 1988. p. 27.

⁸⁹ TEIXEIRA DE FREITAS, Augusto. *Consolidação das Leis Civis*, 3. ed. Rio de Janeiro: B. L. Garnier, 1876. p. XXXVII. Così giustifica l'autore: "Cumprer advertir, que não ha um só lugar do nosso texto, onde se trate de "escravos". Temos, é verdade, a escravidão entre nós; mas, se esse mal é uma excepção, que lamentamos e que está condenado a extinguir-se em uma época mais ou menos remota, façamos também uma excepção, um capitolo avulso, na reforma das nossas Leis Civis, não as maculemos disposições vergonhosas, que não podem servir para posteridade; fique o estado de liberdade sem o seu correlativo odioso. As Leis concernentes à escravidão (que não são muitas) serão pois classificadas à parte, e formarão nosso Código Negro."

⁹⁰ MEIRA, Silvio A. B. O pensamento criador de Teixeira de Freitas. In: *Novos e velhos temas de direito*. MEIRA, Silvio A. B. (org.). Rio de Janeiro: Forense, 1973. p. 250.

⁹¹ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Fontes e evolução do Direito Civil brasileiro*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1981. p.80.

seconda tappa del processo di codificazione del diritto civile brasiliano, compromettendosi di presentare, entro il 1861, un progetto di Codice Civile per il Brasile.

Nonostante l'ottima accoglienza della *Consolidação*, questo progetto di codice, che Teixeira de Freitas ha preferito chiamare di *Esboço do Código Civil* (ossia, Abbozzo di Codice Civile), non è mai stato finito. L'autore ha lavorato sull'*Esboço* dal 1859 al 1865, e durante questi anni il governo brasiliano ha concesso al giurista la proroga del termine del progetto fino al 30 giugno 1864 e nel frattempo ha fatto pubblicare le parti dell'*Esboço* che erano già compiute.⁹² Nel 1865, è stata istituita una commissione per valutare il lavoro concluso fino a quel momento, il quale consisteva in un'opera gigantesca: erano quasi cinquemila articoli e ancora mancava il Libro finale sui diritti reali e sulle successioni.

La commissione, però, fa varie critiche all'*Esboço* il che dispiace profondamente Teixeira de Freitas. Oltre a ciò, i lavori della commissione vanno avanti in un ritmo lentissimo: sono stati esaminati soltanto 15 articoli dell'*Esboço* tra aprile e agosto del 1865.⁹³ La lentezza dei lavori, le critiche e anche il sorgimento di nuove idee per il progetto di Codice Civile hanno spinto Teixeira de Freitas a rinunciare al compito che aveva assunto. Nel 20 settembre 1867, l'autore invia una lettera al Ministro di Giustizia rinunciando al compito di elaborare il progetto di Codice Civile secondo l'*Esboço*, proponendo nuove idee.⁹⁴

Il contenuto di questa lettera è diventato celebre poiché Teixeira de Freitas espone che aveva cambiato il suo piano originale di lavoro: era convinto che fosse necessario dividere il Codice Civile in due codici, un *Código Geral* e un *Código Civil*. Il primo sarebbe un codice propedeutico a tutti i rami del diritto, contendo

⁹² Nel 1860 compare la pubblicazione del Libro I (delle persone, dei beni e dei fatti) dell'*Esboço*. Nel 1861, è pubblicata una parte del Libro II (Dei diritti personali in generale e nei rapporti familiari). Nel 1865 l'ultimo volume è pubblicato, contenendo l'ultima parte del Libro II e una parte del Libro III sui diritti reali.

⁹³ In lettera al Ministro di Giustizia, Nabuco de Araújo, Teixeira de Freitas lamenta che, in quel ritmo, i lavori della commissione durerebbero "cento anni". Vedere: CARNEIRO, Levi. Estudo crítico-biográfico. In: *Código Civil. Esboço por Teixeira de Freitas*. vol. I. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional. Ministério da Justiça e Negócios Interiores. Serviço de documentação, 1952. p. XI

⁹⁴ In realtà, conforme ci informa Levi Carneiro, Teixeira de Freitas ha rinunciato al compito di portare avanti l'elaborazione dell'*Esboço* in una lettera del 20 novembre 1866 al Ministro di Giustizia, precedente alla famosa lettera dell'anno seguente (20 settembre 1867). Il ministro, però, non ha accettato la rinuncia di Teixeira de Freitas, manifestandosi per la continuazione dei lavori. CARNEIRO, Levi. Estudo crítico-biográfico. In: *Código Civil. Esboço por Teixeira de Freitas*. vol. I. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional. Ministério da Justiça e Negócios Interiores. Serviço de documentação, 1952. p. XIII

“concetti-precetti”⁹⁵ sulle “cause giuridiche” (sulle persone, beni e fatti) e sugli “effetti giuridici”, essendo, pertanto, un codice destinato agli iniziati, ai giuristi. Il secondo, era un Codice Civile propriamente detto, versando sugli “effetti giuridici”, “i diritti personali” e “i diritti reali”.⁹⁶

L’idea di Teixeira de Freitas, dunque, era elaborare un *Código Geral* che contenesse tutte le definizioni tecniche-giuridiche necessarie agli altri codici, in maniera che questi codici “speciali” non dovessero presentare nessuna definizione, nessun concetto giuridico. Secondo lui: “*No Código Geral as leis que ensinam, nos outros códigos as leis que mandam. O Código Geral para os homens de ciência, os outros códigos para o povo.*”⁹⁷

Oltre a ciò, nella lettera al Ministro di Giustizia, Teixeira de Freitas proponeva un’altra modifica al suo *Esboço*, una modifica veramente rivoluzionaria: l’unificazione del diritto privato brasiliano. Teixeira de Freitas difende molto chiaramente che la divisione del diritto privato tra una legislazione civile e un’altra commerciale era arbitraria e ingiustificata, proponendo che il *Código Civil* contenesse le regole sui rapporti civili e commerciali, tornando inutile l’esistenza di un codice proprio per i rapporti mercantili.⁹⁸

⁹⁵ L’espressione è di: CARVALHO, Orlando de. Teixeira de Freitas e a unificação do direito privado. In: *Augusto Teixeira de Freitas e il diritto latinoamericano*. SCHIPANI, Sandro (a cura di). Roma e America Collana di studi giuridici latinoamericani. Padova: CEDAM, 1988. p.103.

⁹⁶ Alberto Burdese segnala l’importanza di capire bene la distinzione tra diritti personali e reali realizzata da Teixeira de Freitas: “Nel pensiero di Teixeira de Freitas la distinzione tra diritti personali e reali costituisce la base su cui poggia l’intera sistemazione della materia suscettibile di costituire oggetto di una codificazione civile. Egli stesso la dice tanto importante da essere la chiave di tutte le relazioni civili; sostiene che, immaginando ogni combinazione possibile nell’esame delle relazioni della vita civile, non si trovano diritti che non siano reali o personali o, in altre parole, che tale distinzione è il prodotto dell’analisi di tutti i diritti possibili nella sfera del diritto civile; ne ribadisce l’importanza e la supremazia, il carattere di classificazione capitale, di distinzione cardinale con effettivo valore pratico, in quanto rispondente alle imperiose richieste delle condizioni economiche della civilizzazione moderna.” Vedere: BURDESE, Alberto. La distinzione tra diritti personali e reali nel pensiero di Teixeira de Freitas. In: *Augusto Teixeira de Freitas e il diritto latinoamericano*. SCHIPANI, Sandro (a cura di). Roma e America Collana di studi giuridici latinoamericani. Padova: CEDAM, 1988. p.303.

⁹⁷ TEIXEIRA DE FREITAS, Augusto. Codificação do direito civil (Carta de 20 de setembro de 1867 ao Ministro da Justiça Martim Francisco Ribeiro de Andrada, publicação comemorativa do sesquicentenário dos Cursos Jurídicos. Ministério da Justiça, Rio de Janeiro, 1977. Un interessante articolo pubblicato originalmente nel 1939 (e ora ripubblicato nel 2004) da José Carlos de Matos Peixoto spiega le idee di Teixeira de Freitas riguardo al *Código Geral* e al *Código Civil* e è una lettura utile per chi volesse sapere di più sul pensiero del giurista brasiliano: MATOS PEIXOTO, José Carlos de. A Codificação de Teixeira de Freitas. In: *Revista Forense Comemorativa 100 anos*. Tomo II. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 53-101.

⁹⁸ Per approfondimenti sulle ragioni che hanno portato Teixeira de Freitas a proporre l’unificazione del diritto privato vedere: CARVALHO, Orlando de. Teixeira de Freitas e a unificação do direito privado. In: *Augusto Teixeira de Freitas e il diritto latinoamericano*. SCHIPANI, Sandro (a cura di). Roma e America Collana di studi giuridici latinoamericani. Padova: CEDAM, 1988. p.101-153.

L'intenzione del governo, però, era quella di mantenere il Codice Commerciale del 1850 e formulare un Codice Civile di linee semplici, se possibile ispirato dal modello francese e che fosse pronto il più presto possibile.⁹⁹ Infatti, questo è sempre stato lo scopo finale dei due contratti stipulati con Teixeira de Freitas: l'elaborazione di un Codice Civile che fosse completo, semplice, diretto e che preservasse la cultura e la tradizione giuridica brasiliana.

La nuova proposta di Teixeira de Freitas, che comprendeva l'edizione di due Codici (*Geral e Civil*) accompagnato dall'unificazione del diritto privato, non si inseriva nel piano del governo e fu giudicata un modo negativo dalla commissione dei giuristi, dal Ministro di Giustizia e dal governo imperiale, nonostante se caratterizzata da una rigorosa sistematicità e coerenza, frutto di una lunga riflessione intellettuale su tutto il sistema del diritto privato brasiliano.

In seguito a queste vicende il contratto tra il governo brasiliano e Teixeira de Freitas fu risolto ufficialmente nel 18 novembre 1872 dal Ministro di Giustizia Duarte Azevedo, nonostante il ministro precedente, José de Alencar lo abbia ritenuto risolto già dal 1864.¹⁰⁰ Alcuni decenni dopo, Clóvis Beviláqua, autore del Codice Civile brasiliano del 1916, ha riferito che il lavoro incompiuto di Teixeira de Freitas rappresenta “una pagina dolorosa, la più dolorosa della storia intellettuale della giurisprudenza brasiliana”.¹⁰¹

Nonostante il fracasso del tentativo di Teixeira de Freitas di fornire al Brasile un Codice Civile, il lavoro del giurista brasiliano fu giudicato in modo molto

⁹⁹ La lettera di Teixeira de Freitas evidenzia di forma chiara la distanza tra i piani del governo e la volontà del grande giurista. Tutto sommato esisteva una divergenza insuperabile, conforme ci spiega Levi Carneiro: “Esta última declaração do Ministro revela a Teixeira de Freitas uma divergência insuperável; em carta de 20 de setembro de 1867, expõe-lhe ‘os motivos que obstem ao completamento dos trabalhos do projeto do Código Civil’. Recorda o pedido de renúncia em novembro do ano anterior, a recusa do Ministro, a que aludimos, e inopinadamente adverte: ‘Está satisfeito o Governo com os trabalhos, de que já tem conhecimento, e o autor mal contente. Deseja o Governo a terminação do trabalho impresso, como se fora o contratado projeto do Código Civil; e jamais passou pela intenção do autor, nem é do seu caráter, dar por projeto do Código Civil, o que ele só compuzera como ensaio, lealmente publicara sob título de esboço. Acentua a extensão dessa divergência: o governo espera um projeto de Código no sistema do “Esboço” – como fora contratado – mas, para ele não é mais possível observar tal sistema, convencido de que se deve adotar outro; o governo quer um projeto de Código Civil para vigorar com o Código Comercial revisto – e ele é contrário a “essa calamitosa duplicação das leis civis”; (...)” CARNEIRO, Levi. Estudo crítico-biográfico. In: *Código Civil. Esboço por Teixeira de Freitas*. vol. I. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional. Ministério da Justiça e Negócios Interiores. Serviço de documentação, 1952. p. XIII

¹⁰⁰ MEIRA, Sílvio A. B. O pensamento criador de Teixeira de Freitas. In: *Novos e velhos temas de direito*. MEIRA, Sílvio A. B. (org.). Rio de Janeiro: Forense, 1973. p. 17.

¹⁰¹ BEVILAQUA, Clóvis. Observações para esclarecimento do Código Civil brasileiro. In: *Projeto do Código Civil Brasileiro. Trabalhos da Comissão especial da Câmara dos Deputados*. vol. I. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1902. p.06.

positivo dai giuristi di altri paesi sudamericani, specie dal giurista argentino Vélez Sarsfield che si è ispirato dall'*Esboço* per formulare il Codice Civile argentino del 1869. I tre primi libri del Codice Civile argentino contengono circa mila duecento articoli presi direttamente dall'*Esboço*.¹⁰²

Anche se mai compiuto e abbandonato, l'*Esboço*, e anche la *Consolidação*, formano un insieme singolare che “agì da vera e propria stella polare della legislazione brasiliana e riferimento quasi obbligatorio per la dottrina e per la giurisprudenza del paese”.¹⁰³ Se è certo che il progetto di codice civile di Clóvis Beviláqua non è stato ispirato *ipsis litteris* dall'*Esboço* o dalla *Consolidação*, le due idee innovatrici di Teixeira de Freitas - la necessità di una parte generale nel codice e l'unificazione del diritto privato - hanno trovato grande riscontro nella legislazione e dottrina civile brasiliana negli anni seguenti. L'opera di Teixeira de Freitas, nonostante incompiuta, ha servito ai giuristi brasiliani come esempio impeccabile di opera giuridica colta e ricercata, che cerca l'innovazione senza perdere il contatto con la tradizione giuridica che le ha servito di base.

Clóvis do Couto e Silva ha percepito benissimo l'influenza delle idee di Teixeira de Freitas nei lavori, studi e riflessioni dei civilisti brasiliani durante tutto il Novecento:

Dos seus estudos resutaram duas ideias extremamente importantes para Teixeira de Freitas, que o levaram à celebridade. A primeira, a da necessária inclusão, num código, de uma parte geral em que os conceitos de pessoa, bens e fatos jurídicos, que deverão vigorar em todo o Direito, fossem claramente disciplinados, como depois se veio a fazer no Código Civil alemão. A outra foi a da unificação das obrigações civis e comerciais. *Estas duas ideias sistemáticas tiveram uma repercursão na história recente do direito brasileiro* e, de certo modo, inauguraram um debate que perdura até nossos dias.¹⁰⁴

¹⁰² Oltre che l'Argentina, anche i codici civili dell'Uruguay e del Paraguay sono stati influenzati dall'opera di Teixeira de Freitas. Il Paraguay ha adottato il codice argentino e nell'Uruguay l'*Esboço* ha servito di ispirazione. Secondo Levi Carneiro: “A consagração de Teixeira de Freitas, o reconhecimento de seus méritos excepcionais, da valia e do significado da sua obra, estão feitos, pode dizer-se em toda América do Sul, sem restrição, nem divergência considerável. (...) O Código Argentino, não só reproduziu artigos do “Esboço”, como lhe seguiu a orientação geral. (...) Também no Código Civil do Uruguai, o Esboço influiu consideravelmente. No Paraguai, o Código Argentino foi adotado como lei e, através dele, se difundiu a influência do Esboço. Intérpretes e comentadores de todos esses códigos, invocam-lhe, com freqüência, a autoridade, inexcusável, decisiva.” CARNEIRO, Levi. Estudo crítico-biográfico. In: *Código Civil. Esboço por Teixeira de Freitas*. vol. I. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional. Ministério da Justiça e Negócios Interiores. Serviço de documentação, 1952. p. XXXII e XXXIII.

¹⁰³ FONSECA, Ricardo Marcelo. Dal diritto coloniale alla codificazione: appunti sulla cultura giuridica brasiliana tra settecento e novecento. In: *Quaderni Fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*. n. 33/34, Tomo II, 2004/2005. Giuffrè: Milano. p. 973.

¹⁰⁴ COUTO E SILVA, Clóvis Veríssimo do. O direito civil brasileiro em perspectiva histórica e visão de futuro. In: FRADERA, Vera Maria Jacob de (Org.). *Direito privado brasileiro na visão de Clóvis do Couto e Silva*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997. p. 18. Corsivo nostro. Necessario

Una volta risolto il contratto con Teixeira de Freitas gli sforzi per realizzare il primo codice civile brasiliano sono continuati e una serie di tre progetti si sono seguiti negli anni successivi, tutti infruttiferi e senza il “*brilho intelectual*”¹⁰⁵ di Teixeira de Freitas. Nel 1872, l'ex Ministro di Giustizia e amico personale di Teixeira de Freitas, Nabuco di Araújo è stato incaricato di sviluppare un progetto, che non è riuscito a finire prima di morire. Nel 1881, Felício dos Santos presenta il suo progetto che poco tempo dopo è tralasciato dal governo. Nel 15 novembre 1889 è stata proclamata la repubblica in Brasile¹⁰⁶ e, nonostante questo mutamento politico, il nuovo governo repubblicano nomina Coelho Rodrigues nel 1890 per realizzare un nuovo progetto di Codice Civile per la neonata repubblica brasiliana, il quale, alla fine, non fu accolto dal governo.

Infine, sotto la presidenza di Campos Sales (1898-1902), e rispondendo all'invito di Epiácio Pessoa, all'epoca Ministro di Giustizia,¹⁰⁷ Clóvis Beviláqua, professore di diritto comparato presso la Facoltà di Giurisprudenza di Recife, presenta al governo, dopo sei mesi di lavoro, il suo progetto del codice civile nel 1899. Duramente criticato da Rui Barbosa e diversi giuristi dell'epoca, il progetto ha subito diverse modifiche fino alla sua approvazione nel 1915. Il progetto di Beviláqua diventò la legge del Codice Civile nell'1° gennaio 1916 ed è entrato in vigore esattamente un anno dopo.

chiarire, però, che l'unificazione del diritto privato in Brasile è avvenuta soltanto con il recente Codice Civile del 2002, poiché il codice del 1916 ha mantenuto la divisione tra obbligazioni civili e commerciali. Tale cambiamento legislativo è il risultato dei fruttiferi dibattiti della dottrina durante tutto il Novecento sulla necessità o meno di unificare le obbligazioni civili e commerciali conforme il modello del Codice Civile italiano.

¹⁰⁵ L'espressione è di: MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado. Sistema e tópica no processo obrigacional*. São Paulo: Revista do Tribunais, 1999. p. 259.

¹⁰⁶ La proclamazione della repubblica in Brasile significò il passaggio dal “antico regime” (monarchia, schiavitù, latifondi) alla società borghese, secondo l'analogia fatta da Fernando Henrique Cardoso “(...) analisar o período que vai da Proclamação à instauração do poder republicano sob controle civil (Prudente e Campos Sales), implica em deslindar as fases, as forças sociais, a ideologia e as instituições políticas que, também entre nós e por analogia formal com a história européia, marcaram a *passagem do Antigo Regime para uma ordem burguesa*.” Dos governos militares a Prudente – Campos Sales. In: *O Brasil Republicano. Estrutura de poder e economia (1889-1930)*. tomo III, vol I. Coleção História geral da civilização brasileira. Org. Boris Fausto. São Paulo: DIFEL, 1977. p.16. Per capire meglio questo periodo in cui in Brasile sperimenta il regime repubblicano per la prima volta in trecentocinquanta anni consultare: FAORO, Raimundo. *Os donos do poder: formação do patronato político brasileiro*. 4. ed. São Paulo: Globo, 2008, capitolo XII (p. 503-563) e capitolo XIV (651-738).; LOMBARDI FERNANDES, Maria Fernanda. A organização do estado brasileiro na Primeira República. In: *Os juristas na formação do Estado-Nação brasileiro 1850-1930*. MOTA, Carlos Guilherme. FERREIRA, Gabriela Nunes. (coord.). São Paulo: Saraiva, 2010. p. 245-262.

¹⁰⁷ Per dettagli sull'invito del Ministro Epiácio Pessoa vedere: BANDECCHI, Brasil. Elementos de história do direito brasileiro. In: *Revista do Arquivo Municipal*, vol. CLXXIX, 1969, São Paulo. p. 211-213.

Furono lunghi quindici anni di dibattiti parlamentari, riflessioni e incertezze,¹⁰⁸ però la struttura del progetto originale restò preservata durante questo processo: il Codice Civile del 1916 era composto di una legge introduttiva (*Lei de Introdução ao Código Civil*) e diviso in Parte Generale e Speciale. La Parte Generale era composta di tre Libri: *Das Pessoas*, *Dos Bens* e *Dos Fatos Jurídicos*. La Parte Speciale era, invece, frazionata in quattro Libri: *Do Direito de Família*, *Do Direito das Coisas*, *Do Direito das Obrigações* e *Do Direito das Sucessões*. La divisione in parte generale e speciale, come abbiamo menzionato sopra, risale alla geniale innovazione introdotta da Teixeira de Freitas nella *Consolidação*. Era un Codice conciso: 1807 articoli più altri 21 della Legge di Introduzione, molto lontano dal monumentale *Esboço* (che contava con quasi cinquemila articoli) e anche del Codice Civile tedesco (2.385 articoli), oppure del Codice Civile francese (2.279 articoli).¹⁰⁹

Clóvis Beviláqua era, come menzionato sopra, un professore di diritto comparato che ovviamente si è utilizzato della sua conoscenza dell'ordinamento tedesco, francese e portoghese per realizzare il suo progetto di Codice Civile per il Brasile. È ormai noto che il suo progetto è stato fortemente influenzato dal germanismo della scuola di Recife,¹¹⁰ e dal positivismo di Augusto Comte, che fu la dottrina ispiratrice del movimento repubblicano brasiliano.¹¹¹ La dottrina francese e il suo *Code Civil* fruivano ugualmente di una grande autorità presso la dottrina civilistica brasiliana e per questo motivo è possibile trovare nel Codice Beviláqua molti articoli direttamente ispirati dal codice civile francese. Il lavoro

¹⁰⁸ Sílvio Meira descrive bene i dibattiti parlamentari e le polemiche giuridiche relative al progetto Beviláqua nel suo contributo: MEIRA, Sílvio A. B. O Código Civil do Brasil de 1917: projeto Beviláqua. In: *Studi in onore di Cesare Sanfilippo* (vol. I). Milano: Giuffrè, 1982. p. 353-413.

¹⁰⁹ MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado. Sistema e tópicos no processo obrigacional*. São Paulo: Revista do Tribunais, 1999. p. 260.

¹¹⁰ Clóvis do Couto e Silva riferisce che il germanismo presente nel Codice Civile del 1916 non significa che il BGB, pubblicato nel 1900, abbia servito di modello alla nuova legge civile brasiliana, poiché, il progetto di Beviláqua fu redatto alla fine dell'Ottocento e, anche se sottomesso a molti anni di dibattiti parlamentari, non s'intravede che i legislatori o il proprio autore del progetto abbiano preso in considerazione il BGB in sé. COUTO E SILVA, Clóvis Veríssimo do. O direito civil brasileiro em perspectiva histórica e visão de futuro. In: FRADERA, Vera Maria Jacob de (Org.). *Direito privado brasileiro na visão de Clóvis do Couto e Silva*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997. p. 19.

¹¹¹ COUTO E SILVA, Clóvis Veríssimo do. O direito civil brasileiro em perspectiva histórica e visão de futuro. In: FRADERA, Vera Maria Jacob de (Org.). *Direito privado brasileiro na visão de Clóvis do Couto e Silva*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997. p. 18.

codificatorio di Teixeira de Freitas è anche servito d'ispirazione a Beviláqua, conforme attesta l'autore parecchie volte.¹¹²

Allora, in vista di tutte queste influenze, ma soprattutto dal germanismo e positivismo segnati nel testo del Codice Civile del 1916, molti autori brasiliani riconoscono che - nonostante il primo Codice Civile brasiliano sia stato editato all'inizio del Novecento - trattasi di un codice tipicamente Ottocentesco. Si parla di "uno dei migliori codici del secolo XIX",¹¹³ "dell'ante penultimo codice del secolo scorso",¹¹⁴ del suo "spirito Ottocentesco"¹¹⁵ e tali espressioni non fanno che riflettere le caratteristiche di questo codice: liberale a proposito dei temi della proprietà privata, dei contratti e delle obbligazioni in generale, però, conservatore al riguardo dei rapporti famigliari, ereditari e della questione sociale.¹¹⁶

Il concetto di famiglia tenuto dal Codice era quello eminentemente patriarcale, che non ammetteva il divorzio, permettendo la separazione soltanto in alcuni casi previsti dalla legge. Il marito occupava la posizione centrale nella società coniugale, autorizzava l'attività professionale della sposa (la quale aveva una capacità giuridica relativa), determinava il domicilio della famiglia, amministrava i beni particolari della sposa, ecc. Il regime legale del matrimonio riproduceva la tradizionale regola delle *Ordenações Filipinas*: la comunione

¹¹² Nel seguente estratto Beviláqua valuta l'opera di Teixeira de Freitas e riferisce il carattere originale della sistematizzazione delle materie adottata da Teixeira de Freitas: "O projeto Teixeira de Freitas, apreciado mesmo na sua forma de Esboço, que não era ainda a definitiva, no pensamento do jurista, é um edifício de grandes proporções (4.908 artigos) e de extraordinária solidez, talhado sobre a rocha dos bons princípios pela mão vigorosa de um artista superior, e, ao mesmo tempo, recortado internamente por sucessivas minúcias, que talvez desaparecessem quando o autor retirasse da obra os andaimes que ali pusera enquanto lhe erguia as altas muralhas. A análise, a decomposição dos princípios foi conduzida com admirável vigor e segurança, mas, procurando traduzir as relações de Direito Civil em todas as suas infinitas variações por um preceito legal, foi mais longe do que convinha a uma obra legislativa. Daí a dispersão que demorou a obra, e, afinal, inutilizou, para o fim imediatamente almejado, uma tão grande soma de esforços. (...) Mas se o Esboço não pode ser transformado em lei, entrou para o acervo da jurisprudência pátria como a sua produção mais valiosa, pela riqueza, segurança e originalidade das ideias. Uma das suas mais significativas originalidades é, sem dúvida, a ordem adotada para a descrição das matérias (...)." BEVILAQUA, Clóvis. Observações para esclarecimento do Código Civil brasileiro. In: *Projeto do Código Civil Brasileiro. Trabalhos da Comissão especial da Câmara dos Deputados*. vol. I. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1902. p.06

¹¹³ COUTO E SILVA, Clóvis Veríssimo do. O direito civil brasileiro em perspectiva histórica e visão de futuro. In: FRADERA, Vera Maria Jacob de (Org.). *Direito privado brasileiro na visão de Clóvis do Couto e Silva*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997. p. 19.

¹¹⁴ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Fontes e evolução do Direito Civil brasileiro*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1981. p.87.

¹¹⁵ MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado. Sistema e tópica no processo obrigacional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 259.

¹¹⁶ MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado. Sistema e tópica no processo obrigacional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 266.

universale dei beni. Nell'area del diritto successorio il conservatorismo è anche evidente: s'impone un limite pesante alla libertà di disporre dei propri beni con il testamento, per cui la metà del patrimonio del *de cuius* doveva essere riservata ai legittimari (coniuge, discendenti e ascendenti).¹¹⁷

Questo conservatorismo nei rapporti familiari è, secondo Orlando Gomes, l'espressione del "privatismo domestico" caratteristico della società coloniale brasiliana, che trova riscontro in vari articoli del Codice del 1916.¹¹⁸

Quanto agli istituti della proprietà, dei contratti e delle obbligazioni il Codice evidenzia il suo carattere liberale in opposizione al conservatorismo delle regole sul diritto di famiglia e successioni. La proprietà era intesa in base alla tradizione liberale, e il suo esercizio era garantito di forma quasi assoluta,¹¹⁹ poiché limitato da pochi istituti come in materia di rapporti o regole di vicinato¹²⁰ (*direitos de vizinhança*, in portoghese) o in materia di espropriazione per necessità o utilità pubblica. Non esisteva nessun altro limite più oneroso all'esercizio della proprietà, come il rispetto alla sua funzione sociale che ora è prevista dalla Costituzione brasiliana del 1988 (articolo 5º, XXIII).

Il diritto delle obbligazioni (compresa la responsabilità civile) e il diritto dei contratti trovavano la loro fonte nell'autonomia della volontà,¹²¹ che, in termini molto semplici, corrisponde al volontarismo fortemente potenziato dal liberismo economico di matrice ottocentesca. Dunque, i contratti erano trattati come la pura e intangibile espressione della libertà dei privati nel stabilire gli accordi e patti che, secondo il suo agire autonomo e indipendente, rappresentassero sempre il meglio per i suoi interessi.¹²² La responsabilità civile extracontrattuale, a sua volta, girava

¹¹⁷ GOMES, Orlando. *Raízes históricas e sociológicas do Código Civil brasileiro*. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 15-17. Nel diritto successorio brasiliano è interessante verificare la presenza di diverse influenze giuridiche, come del diritto francese. Nel Codice Civile del 1916, e ancora nell'attuale codice del 2002, si riconosce il *droit de saisine*, d'origine francese, per cui la morte del *de cuius* causa la trasmissione immediata della proprietà e del possesso dei beni agli eredi senza la necessità di accettazione come succede, invece, con il diritto italiano.

¹¹⁸ GOMES, Orlando. *Raízes históricas e sociológicas do Código Civil brasileiro*. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 14.

¹¹⁹ L'art. 504 assicurava al proprietario il diritto di usare, godere e disporre dei suoi beni e di recuperarli da chi li avesse ingiustamente posseduti.

¹²⁰ COUTO E SILVA, Clóvis Veríssimo do. O direito civil brasileiro em perspectiva histórica e visão de futuro. In: FRADERA, Vera Maria Jacob de (Org.). *Direito privado brasileiro na visão de Clóvis do Couto e Silva*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997. p. 19.

¹²¹ COUTO E SILVA, Clóvis Veríssimo do. O direito civil brasileiro em perspectiva histórica e visão de futuro. In: FRADERA, Vera Maria Jacob de (Org.). *Direito privado brasileiro na visão de Clóvis do Couto e Silva*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997. p. 19.

¹²² CALDERALE, Alfredo. Il diritto privato in Brasile: dal vecchio al nuovo codice. In: *Il nuovo Codice Civile brasiliano*. CALDERALE, Alfredo (a cura di). Milano: Giuffrè, 2003. p. XXV.

intorno ad una clausola generale (l'art. 159) basata sulla condotta colposa dell'agente che cagionasse un danno ad altrui. A questa clausola generale, chiaramente ispirata dall'art. 1.382 del Codice Civile francese, si aggiungono altri articoli che stabiliscono dell'ipotesi non tassative di danni che devono essere risarciti. Il risarcimento dei danni non patrimoniali non trova tutela all'interno del Codice, nonostante la diffusa approvazione della dottrina. Il regime di responsabilità civile istituito dal CC/16, però, esamineremo più avanti, all'interno del punto 1.1.2.

Nonostante il Codice Civile del 1916 abbia avuto una lunga vigenza in Brasile (ottantasei anni), a partire degli anni quaranta del Novecento si è sentita la necessità di riforma del testo, principalmente del Libro sul diritto delle obbligazioni. Nel 1941, infatti, fu presentato un progetto di Codice delle Obbligazioni (*Anteprojeto de Código das Obrigações*), basato sul modello del Codice delle Obbligazioni svizzero del 1911, che fu elaborato da tre eminenti giuristi brasiliani: Orozimbo Nonato, Filadelfo Azevedo e Hahnemann Guimarães. Tale iniziativa di realizzare un nuovo codice soltanto per i rapporti obbligazionari, tuttavia, non è stata gradita dalla comunità giuridica,¹²³ anche perché si percepiva, allora, la necessità di una riforma più complessiva del sistema di regole civili.¹²⁴

Nel 1963 sono stati presentati altri due progetti di riforma del Codice Civile. All'epoca, si pretendeva l'edizione di un Codice Civile (che disciplinasse il diritto di famiglia, le successioni e la proprietà) e di un Codice delle Obbligazioni (che integrasse le obbligazioni civili e commerciali). Il progetto di Codice Civile fu redatto dal Prof. Orlando Gomes, mentre quello delle obbligazioni da Caio Mario da Silva Pereira.¹²⁵ Anche questi progetti non sono stati portati avanti, poiché il clima politico istituzionale all'epoca è cambiato improvvisamente con il golpe militare del 1° aprile 1964 che ha instaurato una dittatura delle forze armate in Brasile, cui regime è durato fino al 1985.

¹²³ Per alcune critiche che si fecero al *Anteprojeto de Código das Obrigações* del 1941 vedere: SERPA LOPES, M. M. O Anteprojeto de Código das Obrigações. In: *Revista Forense*. Comemorativa 100 anos. Tomo III – Direito Civil. SOUZA, Silvio Capanema de (org.). Rio de Janeiro: Forense, 2007. p. 149-176. (contributo originalmente pubblicato nel vol. 97, gennaio-marzo del 1944 della *Revista Forense*).

¹²⁴ REALE, Miguel. Exposição de motivos do Anteprojeto de Código Civil anotada. In: *História do novo Código Civil*. REALE, Miguel (org.). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p.66.

¹²⁵ Il Prof. Caio Mario da Silva Pereira ha contato con l'aiuto di altri giuristi per la redazione del suo *Código de Obrigações*: Silvio Marcondes, Theophilo de Azevedo Santos e Nehemias Gueiros. Per più dettagli su questo progetto vedere: PEREIRA, Caio Mario da Silva. *Projeto de Código de Obrigações*. Rio de Janeiro: Serviço de Reforma de Códigos. Comissão de Estudos Legislativos do Ministério da Justiça e Negócios Interiores, 1965.

Soltanto nel 1969 furono ripresi i lavori di dotare l'ordinamento brasiliano di un nuovo Codice Civile: fu nominata una nuova Commissione (*Comissão Revisora e Elaboradora do Código Civil*) composta da vari eminenti giuristi brasiliani.¹²⁶ La presidenza dei lavori della commissione spettò a Miguel Reale, la redazione della Parte Generale fu affidata a José Carlos Moreira Alves, Agostinho Arruda Alvim eseguì il Libro sul diritto delle obbligazioni, Sylvio Marcondes elaborò il Libro sul diritto di impresa, Erbert Chamoun scrisse il Libro sui diritti reali, a Clóvis do Couto e Silva toccò il Libro sul diritto di famiglia e a Torquato Castro il Libro sulle successioni.

Nel 1975 la commissione presieduta da Miguel Reale presenta il suo progetto di Codice Civile, il quale viene subito sottoposto all'attenzione della Camera dei Deputati, con la denominazione di *Projeto de Lei n.634*. (PL n.634).

I dibattiti parlamentari sul contenuto del PL n.634 sono durati quasi dieci anni, dato che la redazione finale della Camera fu approvata soltanto nel maggio 1984. Il progetto fu, dunque, inviato per la valutazione del Senato Federale, dove i lavori si sono ugualmente allungati: la redazione finale del testo del PL n.634 è stata approvata soltanto tredici anni dopo, nel dicembre 1997. Nel 1999 la Camera costituì una commissione per giudicare gli emendamenti del testo del progetto fatte dal Senato e nel 06 dicembre 2001 fu approvata la redazione finale del testo il quale fu sancito dal Presidente della Repubblica nel 10 gennaio del 2002 con la promulgazione della rispettiva Legge n. 10.406.

Quello che abbiamo esposto finora è soltanto un breve riassunto del lungo *iter* legislativo dell'attuale Codice Civile brasiliano (CC/2002).¹²⁷ Ci interessa ora

¹²⁶ Così racconta il proprio presidente della commissione, Miguel Reale, come si sono iniziati i lavori della commissione: "Foi em princípios de 1969 que recebi do Ministro da Justiça Luis Antonio da Gama e Silva, no governo do Presidente Costa e Silva, o convite para redigir o Projeto do novo Código Civil, em substituição do grande mestre Francisco Campos que falecera. Respondi que a sociedade contemporânea é tão diversificada e complexa que não havia mais lugar para Sólon ou Licurgo solitários, devendo a codificação civil ser elaborada por uma comissão, muito embora me fosse conferido o papel de coordenador ou supervisor. Foi assim que foi nomeada, a 23 de maio de 1969, a Comissão Revisora e Elaboradora do Código Civil, constituída por mim e mais cinco colegas, que haviam aceito o meu plano de trabalho (...)." REALE, Miguel. Os momentos decisivos do Novo Código Civil. In: *História do novo Código Civil*. REALE, Miguel (org.). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p.19

¹²⁷ Per più informazioni sul percorso legislativo del Codice Civile brasiliano consultare l'eccellente opera *Memória Legislativa do Código Civil*, pubblicata on-line e in formato cartaceo dal Senato Federale, in commemorazione ai dieci anni di vigenza del Codice Civile. Andare sul link: <http://www.senado.gov.br/publicacoes/MLCC/> Questa pubblicazione organizza, in modo molto sistematico e di facile comprensione, ogni tappa dei ventisette anni di procedimento legislativo

comprendere le direttrici di fondo e i principi che sono stati presi in considerazione dalla *Comissão Revisora e Elaboradora do Código Civil* (d'ora in poi Commissione) durante i suoi lavori tra 1969 e 1975 per l'elaborazione del testo del Codice. Direttrici e principi che sono rimasti intatti, nonostante i lunghi dibattiti e modifiche realizzate dai parlamentari nel corso dei ventisette anni di *iter legis*.

Dalla lettura dell'esposizione dei motivi del progetto di Codice Civile redatta da Miguel Reale nel 1975¹²⁸ che fu allegata alla richiesta presidenziale n. 160 che ha inaugurato l'*iter* legislativo dell'attuale Codice Civile, è possibile distinguere molto chiaramente quali sono stati le direttrici che hanno guidato i lavori della Commissione: (a) la preservazione, sempre che possibile, dei contenuti CC/1916;¹²⁹ (b) l'impossibilità di promuovere una semplice revisione del CC/1916; (c) l'utilizzo dei precedenti lavori e progetti di riforma del Codice Civile per la scrittura del nuovo Codice; (d) l'orientamento generale di inserire nel progetto soltanto materie già consolidate e ampiamente analizzate dalla dottrina nazionale, lasciando per le leggi speciali le questioni che si trovano ancora in processo di valutazione; (e) il mantenimento della divisione del Codice in parte generale e speciale, con un nuovo ordinamento, però, delle materie della parte speciale; (f) realizzare l'unificazione delle obbligazioni civili e commerciali con l'inclusione di un nuovo Libro all'interno della parte speciale sul diritto dell'impresa (*Direito de Empresa*); (g) costruire il nuovo Codice Civile attorno a tre valori considerati essenziali: *eticidade*, *socialidade* e *operabilidade* (eticità, socialità e operabilità).

per cui è passato il PL n. 643 prima di diventare il vigente Codice Civile. L'opera permette di conoscere la storia legislativa di ciascuno articolo del Codice Civile poiché raccoglie, in quattro volumi, tutta la documentazione prodotta durante il suo lungo percorso presso il Congresso Nazionale brasiliano. Il lettore può analizzare, ad esempio, tutte le modifiche e emendamenti per cui è passato determinato articolo del Codice, comparando i contributi dei deputati e senatori, nonché i lavori delle commissioni parlamentari.

¹²⁸ REALE, Miguel. Exposição de motivos do Anteprojeto de Código Civil anotada. In: *História do novo Código Civil*. REALE, Miguel (org.). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p.66 e ss.

¹²⁹ L'obiettivo della Commissione non era, sicuramente, quello di tralasciare o abbandonare il modello stabilito dal Codice del 1916, il suo compito era valersi delle sue caratteristiche più significative per costruirsi sopra un Codice Civile nuovo e più moderno. Conforme Hironaka, dunque: "Não se tratava, na visão da Comissão encarregada de elaborar o Projeto do novo Código Civil, de simplesmente fazer com que se desintegrasse um monumento legislativo de altíssima qualidade, como é o Código Beviláqua. Mas tratava-se – como sempre repetido pelo Professor Miguel Reale – de buscar aproveitar, na maior amplitude possível, o arcabouço de 1916, dando-lhe as cores e imprimindo-lhe os traços consentâneos com a realidade deste momento histórico, vivenciado pela sociedade brasileira, já nos albores do século XXI." HIRONAKA, Giselda Maria Novaes. *Direito Civil brasileiro: de Clóvis Beviláqua a Miguel Reale*. In: *Seminário Novo Código Civil brasileiro: o que muda na vida do cidadão*. Brasília: Câmara dos Deputados. Coordenação de Publicações, 2003. p.39-40.

Ed infatti, il Codice Civile del 2002 è rimasto fedele alle direttici di fondo stabilite dalla Commissione diretta dal Prof. Miguel Reale, visto che troviamo un Codice ancora diviso in Parte Generale e Speciale, preservando non solo il modello del Codice Beviláqua, ma anche onorando la notevole dottrina di Teixeira de Freitas, sulla quale abbiamo fatto riferimento sopra. Abbandonare.

La Parte Generale dell'attuale Codice è divisa in tre Libri (*Das Pessoas, Dos Bens e Dos Fatos Jurídicos*), la Parte Speciale, invece, ha avuto un aumento nel numero di Libri, ora ne a cinque con l'inclusione del Libro sul Diritto dell'Impresa.¹³⁰ Oltre a ciò, rispetto al Codice precedente, l'ordine dei Libri è stata invertita seguendo una sequenza più razionale che inizia dal diritto delle obbligazioni e finisce con le successioni, secondo quest'ordine: *Direito das Obrigações, Direito de Empresa, Direito das Coisas, Direito de Família e Direito das Sucessões*.

Se da un lato la tradizionale divisione del Codice in parte generale e speciale rappresentò una continuità con il passato – continuità voluta e consapevole della sua importanza storica e tecnica per il diritto nazionale – dall'altro, invece, possiamo contraddistinguere un importante cambiamento in termini di struttura e contenuto del CC/2002: l'unificazione delle obbligazioni civili e commerciali, abrogandosi la Parte I dell'antico Codice Commerciale brasiliano del 1850.¹³¹

Questa unità delle obbligazioni non si presenta soltanto come il risultato di influenze esterne (dei modelli italiani e svizzeri in materia) ma è anche il riflesso di lunghi dibattiti sull'argomento, i quali rimontano alla dottrina innovatrice di Teixeira de Freitas e trovano espressione nei due progetti anteriori al progetto Reale, del 1941 e 1963, che già consideravano l'unità dei rapporti obbligazionari.

¹³⁰ Il Libro II, sul diritto dell'impresa non è che una continuazione del Libro I sul diritto delle obbligazioni, conforme ci spiega il Prof. Reale: "Na realidade, o Direito de Empresa, não é senão uma especificação do Direito Obrigacional, do negócio jurídico, enquanto dotado de organização adequada à consecução de fins econômicos. Com a inclusão dessa matéria no contexto do Código Civil, supera-se, de vez, o tão controvertido problema do *ato de comércio*, sobre cujo conceito os comercialistas jamais chegaram a um acordo." Vedere: REALE, Miguel. O sentido inovador do Projeto do Novo Código Civil (exposição e debate). In: *Revista Forense*. Comemorativa 100 anos. Tomo III – Direito Civil. SOUZA, Silvio Capanema de (org.). Rio de Janeiro: Forense, 2007. p. 741. (contributo originalmente pubblicato nel vol. 286, aprile-giugno del 1984, della *Revista Forense*).

¹³¹ Per un'analisi sull'impatto dell'unificazione delle obbligazioni civili e commerciali disciplinata dal CC/2002, vedere il contributo di: BRANCO, Gerson Luiz Carlos. Primeiras observações sobre os efeitos da unificação das obrigações civis e mercantis no Código Civil brasileiro. In: *Revista Forense*. vol. 396, anno 104, marzo-aprile 2008. p. 137-158.

Il Codice Civile del 2002, possiamo dire, dunque, non è un Codice basato su quello italiano soltanto perché i rapporti obbligazionari civili e commerciali sono regolati insieme. Nonostante, la forte influenza e penetrabilità delle opere italiane sull'argomento in Brasile, strutturalmente il Codice brasiliano è molto diverso dell'italiano perché possiede una parte generale. Miguel Reale sintetizza, così la situazione del Codice brasiliano relativamente alle comparazioni con il modello italiano:

Pois bem, se o Anteprojeto coincide, em parte, com os modelos suíço e italiano no que tange à unificação das obrigações, a sua ordenação da matéria obedece a orientação própria inconfundível, vinculada às mais gloriosas tradições do nosso Direito. (...) Ora, basta a existência de uma Parte Geral para desfazer a icrepação de que teríamos seguido o modelo italiano de 1942, o qual não a possui.¹³²

Il CC/2002 costituisce, pertanto, un Codice innovativo e tradizionale allo stesso tempo, essendo, dunque, il riflesso del proposito iniziale della Commissione: “*conservar o possível; inovar sempre que necessário*”.¹³³

Un altro aspetto molto importante da considerare quando parliamo del nuovo Codice brasiliano è il fatto che tutti gli articoli che non trovano riscontro nel vecchio Codice, ovvero, quelli che rappresentano una novità legislativa sono stati costruiti attorno a tre valori considerati essenziali, che hanno permeato tutta la struttura del Codice: i principi dell'*eticidade*, *socialidade* e *operabilidade*.

Il principio dell'*eticidade* deriva della preoccupazione sentita dalla Commissione in riconoscere “*l'indeclinabile partecipazione dei valori etici nell'ordinamento giuridico*”,¹³⁴ e della necessità di forgiaarli in forma di testo legale, dato l'eccessivo formalismo giuridico del CC/1916 che lasciava poco spazio ai riferimenti di natura etica-giuridica, come la buona-fede, la correttezza, la probità, ecc.¹³⁵

¹³² REALE, Miguel. Exposição de motivos do Anteprojeto de Código Civil anotada. In: *História do novo Código Civil*. REALE, Miguel (org.). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p.79-80.

¹³³ HIRONAKA, Giselda Maria Novaes. Direito Civil brasileiro: de Clóvis Beviláqua a Miguel Reale. In: *Seminário Novo Código Civil brasileiro: o que muda na vida do cidadão*. Brasília: Câmara dos Deputados. Coordenação de Publicações, 2003. p.40.

¹³⁴ REALE, Miguel. Estrutura e espírito do Novo Código Civil brasileiro. In: *História do novo Código Civil*. REALE, Miguel (org.). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p.37

¹³⁵ Infatti, il Codice del 1916 conteneva pochissime clausole generali. Aguiar Junior riferisce che una delle poche clausole generali del CC/1916 era l'art. 159 che disciplinava l'illecito civile e la responsabilità civile soggettiva extracontrattuale. Vedere: AGUIAR JUNIOR, Ruy Rosado de. Projeto do Código Civil – As obrigações e os contratos. In: *Revista dos Tribunais – 100 anos. Doutrinas Essenciais*. vol I. TEPEDINO, Gustavo; FACHIN, Luiz Edson (org.) São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p.510. (originalmente pubblicato nella Revista dos Tribunais, n.775/18, maggio 2000).

In questo modo, secondo Reale, alcuni articoli del CC/2002 esprimono in maniera molto chiara e diretta questo principio di *eticidade*.¹³⁶ L'art. 113,¹³⁷ ad esempio, determina l'applicazione della buona-fede e delle usanze come i parametri legali d'interpretazione dei negozi giuridici. Siccome questo articolo si trova all'interno della Parte Generale, strutturalmente, si ritiene che il suo contenuto etico (osservanza della buona fede e delle usanze) sia applicabile a qualsiasi negozio giuridico derivante delle regole contenute nei Libri della Parte Speciale. La buona fede e le usanze, dunque, in quanto principi etici permeano tutto il Codice.

Altro articolo, che indica la presenza di principi etici fondamentali che impregnano l'intero sistema del Codice, è l'art. 422,¹³⁸ il quale, di forma molto diretta, indica la buona fede e la correttezza come i due parametri di condotta delle parti nella conclusione e esecuzione del contratto.

Un altro esempio è l'art. 187,¹³⁹ che quando definisce l'atto illecito fa riferimento ai limiti imposti dalla buona fede, dai buoni costumi e dagli scopi economici e sociali all'esercizio di un diritto. Questo articolo non trova corrispondenza con nessun articolo del Codice del 1916, e in ragione della sua importanza per il sistema di responsabilità civile per danni non patrimoniali nel diritto brasiliano verrà analizzato più avanti.

Il principio della *socialidade* si manifesta come l'antitesi del forte individualismo presente nella codificazione anteriore. La Commissione ha voluto posizionare all'interno del nuovo Codice delle regole capaci di accomodare "l'imperativo della *socialidade*", permettendo il predominio dell'aspetto sociale sull'individuale in molti casi. Un notevole esempio del principio della socialità è l'art. 421¹⁴⁰ che istituisce la funzione sociale del contratto come limite e ragione d'essere della libertà contrattuale.¹⁴¹ In realtà, quello che si osserva nel Codice

¹³⁶ REALE, Miguel. Estrutura e espírito do Novo Código Civil brasileiro. In: *História do novo Código Civil*. REALE, Miguel (org.). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p.37

¹³⁷ Il testo dell'art. 113 CC/2002: "Os negócios jurídicos devem ser interpretados conforme a boa-fé e os usos do lugar de sua celebração."

¹³⁸ Il testo dell'art. 422: "Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como na sua execução, os princípios de probidade e boa-fé."

¹³⁹ Il testo dell'art. 187: CC/2002: "Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico e social, pela boa-fé ou pelos bons costumes."

¹⁴⁰ Il testo dell'art. 421: "A liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato."

¹⁴¹ Sul nuovo articolo del CC/2002 che stabilisce la funzione sociale dei contratti, Ruy Rosado de Aguiar Junior pondera che. "Houve completa alteração do eixo interpretativo do contrato. Em vez

Civile del 2002, relativamente all'ammissione di un principio di "socialità" nell'ambito del diritto delle obbligazioni, è il riflesso di un cambiamento dottrinario e giurisprudenziale che era già in corso durante tutto il Novecento, conforme chiarisce Reale in articolo degli anni ottanta:

De maneira geral, pode-se dizer que, no Brasil, dada a crescente repercussão dos imperativos da *socialidade jurídica* (...) toda a matéria obrigacional passou por uma revisão marcada pela atenção dispensada, tanto pela doutrina como pela jurisprudência, aos *valores sociais objetivamente focalizados*, superando-se a dominante perspectiva que antes se baseava na categoria da 'autonomia da vontade'.¹⁴²

Ci sono altri esempi di articoli del nuovo Codice Civile che tengono in conto il principio della *socialidade*, come gli articoli che disciplinano il possesso (l'art. 1.238, paragrafo unico, l'art. 1.239, l'art.1.240 e l'art. 1.242) e la espropriazione (paragrafi 4° e 5° dell'art. 1.228). Gli articoli che disciplinano il possesso, in sostanza, prendono in considerazione l'aspetto sociale del possesso, nel senso che, in presenza di certi fatti socialmente rilevanti, i tempi legali per l'usucapione diminuiscono. Così, se si verifica che nella proprietà oggetto di usucapione si è costituita la dimora abituale di una famiglia, o che ci sino state realizzate delle opere e servizi di carattere produttivo, oppure che la proprietà sia impiegata come mezzo di sussistenza per una famiglia, la legge riconosce l'importanza sociale di quel possesso riducendo i tempi necessari per acquisto della proprietà. L'imperativo della socialità si fa sentire anche nelle ipotesi di espropriazioni regolate dai paragrafi 4° e 5° dell'art. 1.228 CC/2002. Al giudice è concesso il potere di espropriazione nel caso in cui un'immobile, di grandi dimensioni, sia stato occupato, in buona fede, da più di cinque anni, da un gruppo di persone che abbiano realizzato lì delle opere e servizi considerati di interesse sociale ed economico. In questo caso, il giudice è autorizzato a dichiarare l'espropriazione dell'immobile, tramite giusto indennizzo.

de considerar-se a intenção das partes e a satisfação de seus interesses, o contrato deve ser visto como um instrumento de convívio social e de preservação dos interesses da coletividade , onde encontra a sua razão de ser e de onde extrai a sua força (...)." Vedere: AGUIAR JUNIOR, Ruy Rosado de. Projeto do Código Civil – As obrigações e os contratos. In: *Revista dos Tribunais – 100 anos. Doutrinas Essenciais*. vol I. TEPEDINO, Gustavo; FACHIN, Luiz Edson (org.) São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p.511. (originalmente pubblicato nella Revista dos Tribunais, n.775/18, maggio 2000).

¹⁴² REALE, Miguel. A unidade do direito das obrigações no projeto de Código Civil brasileiro e o projeto Franco-italiano de 1927. In: *Inchieste di Diritto Comparato. Il progetto franco-italiano di codice delle obbligazioni*. Padova: Cedam, 1980. p. 123.

Il principio dell'*operabilidade*, invece, si traduce nella preoccupazione della Commissione in redigere articoli di facile interpretazione agli operatori del diritto con l'obiettivo finale di rendere le regole civili più concrete, più vicine alla realtà dei fatti. L'esigenza di concretezza deriva, dunque, della permanente necessità di "*adequação dos modelos jurídicos aos fatos sociais in fieri*".¹⁴³

In questo senso, per far fronte al compito di elaborare un Codice Civile che osservi i principi fondamentali dell'*eticidade*, *socialidade* e *operabilidade*, il legislatore ha utilizzato la tecnica legislativa delle clausole generali.¹⁴⁴ Per Martins-Costa le clausole generali sono "le finestre, le ponti e i viali dei codici moderni", poiché permettono l'ingresso, nell'ordinamento giuridico di una serie di principi, valori, diritti e doveri di natura giuridica o extragiuridica che permettono il costante aggiornamento del testo del Codice:

(...) conformam o meio legislativamente hábil para permitir o ingresso, no ordenamento jurídico codificado, de princípios valorativos, ainda inexpressos legislativamente, de *standards*, máximas de conduta, arquétipos exemplares de comportamento, de deveres de conduta não previstos legislativamente (e, por vezes, nos casos concretos, também não advindos da autonomia privada), de direitos e deveres configurados segundo os usos do tráfego jurídico, de diretivas econômicas, sociais e políticas, de normas, enfim, constantes de universos meta-jurídicos, viabilizando a sua sistematização e permanente ressystematização no ordenamento positivo.¹⁴⁵

E il Codice Civile del 2002 è pieno di clausole generali che gli donano estrema attualità e mobilità, poiché compete al giudice colmare il contenuto della clausola generale in base ai fatti e le circostanze del caso concreto, permettendo il costante aggiornamento degli istituti giuridici. Se cambiano gli interessi della vita sociale, economica o giuridica della società la norma civile che la disciplina non bisogna essere cambiata, basta che il magistrato ne sia attento e agisca in maniera tale da permettere una interpretazione della norma adeguata ai tempi moderni.¹⁴⁶

¹⁴³ REALE, Miguel. Exposição de motivos do Anteprojeto de Código Civil anotada. In: *História do novo Código Civil*. REALE, Miguel (org.). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p.81.

¹⁴⁴ MARTINS-COSTA, Judith. O direito privado como um "sistema em construção": as cláusulas gerais no Projeto do Código Civil brasileiro. In: *Revista da Faculdade de Direito da UFRGS*. n. 15, 1988. p. 130.

¹⁴⁵ MARTINS-COSTA, Judith. O direito privado como um "sistema em construção": as cláusulas gerais no Projeto do Código Civil brasileiro. In: *Revista da Faculdade de Direito da UFRGS*. n. 15, 1988. p. 130.

¹⁴⁶ Per una visione riassunta sul ruolo e funzioni delle clausole generali nel sistema di diritti privato brasiliano vedere: NERY, Rosa Maria de Andrade. *Introdução ao pensamento jurídico e à teoria geral do direito privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 209-214.

A titolo di esempio, Rosa Maria de Andrade Nery elenca alcune clausole generali del CC/2002: l'art. 421 (stabilisce la funzione sociale del contratto), l'art.422 (le parti devono osservare la buona fede e la correttezza nella conclusione e esecuzione del contratto), l'art. 187 (l'atto o negozio giuridico devono rispettare i suoi scopi economici e sociali), l'art. 1.288, paragrafo 1° (la funzione sociale della proprietà) e l'art. 927, paragrafo unico (che fissa la responsabilità civile oggettiva per rischio dell'attività svolta).¹⁴⁷

Nonostante le caratteristiche positive finora registrate, il nuovo Codice ha ricevuto, inevitabilmente, molte critiche della dottrina. Tepedino ha espresso l'incompatibilità assiologica tra il progetto di Codice e la Costituzione del 1988, dato che, secondo il suo ragionamento, il progetto è stato concepito negli anni settanta e, durante il suo lungo percorso nel parlamento brasiliano, non si sono verificate delle modifiche rilevanti per farlo più compatibile al nuovo ordine costituzionale.¹⁴⁸

Infatti, nei 27 anni di lavori parlamentari del progetto di Codice, l'ordinamento giuridico brasiliano è cambiato in maniera molto rilevante. Il mutamento più importante lo abbiamo già menzionato: la promulgazione della Costituzione Democratica nel 1988. Ma possiamo andare oltre, facendo riferimento ad una legge eminentemente civile che è stata editata mentre il progetto di Codice Civile era analizzato dal parlamento: il Codice del Consumo brasiliano (*Código de Defesa do Consumidor*) del 1990.

Sulla Costituzione del 1988 e il suo rapporto con il diritto civile brasiliano pre e post CC/2002 ne parleremo più avanti quando esamineremo il sistema di responsabilità civile soggettiva disciplinato dal Codice. Sul Codice del Consumo brasiliano (CDC) ci basta menzionare che i rapporti di consumo, secondo la definizione data dallo stesso CDC,¹⁴⁹ non sono regolati dal Codice Civile,

¹⁴⁷ NERY, Rosa Maria de Andrade. *Introdução ao pensamento jurídico e à teoria geral do direito privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 213-214.

¹⁴⁸ TEPEDINO, Gustavo. O Código Civil, os chamados microssistemas e Constituição: premissas para uma reforma legislativa. In: *Problemas de Direito Civil*. TEPEDINO, Gustavo (coord.). Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p.08

¹⁴⁹ I concetti di professionista (art. 3°, caput), di consumatore (art. 2°, 17 e 29), di prodotto (art. 3°, paragrafo 1°) e di servizio (art. 3°, paragrafo 2°) che si trovano all'interno del CDC brasiliano editato nel 1990 sono stati ripetuti, in sostanza, in altre leggi di protezione ai consumatori come il recente Codice del Consumo italiano. Dalla lettura delle definizioni legali dell'art. 3 (e anche altri articoli fondamentali del Codice del Consumo italiano) si verifica una effettiva somiglianza tra i regimi.

costituendo un microsistema appartato, nonostante il CC/2002 sia applicabile sussidiariamente ai rapporti di consumo.

Per chiudere questo breve lavoro di ricerca sui presupposti storici dello sviluppo del diritto privato brasiliano, il quale, conforme abbiamo esposto, ha subito delle influenze dei diritti portoghese, francese, tedesco e italiano, abbiamo scelto di citare Judith Martins-Costa che, con questa frase, ci rende chiaro il ruolo che deve avere un Codice Civile attualmente:

O Código Civil já não tem, agora, o caráter constitucional que tinha na experiência oitocentista, mas retorna ao centro do sistema para cumprir a função de garantia e assumir a responsabilidade de unificar (melhor diríamos: harmonizar) o caos irracional dos microsistemas, promovendo a comunicação, racionalmente ordenada, entre os Direitos Fundamentais e as instâncias normativas infraconstitucionais. (...) O código se apresenta, enfim, como continuidade da *vida civil*, continuidade axiológica, porém, continuidade não-linear, porque os valores que encerra – da socialidade, eticidade e operabilidade – estão em permanente referência histórica.¹⁵⁰

¹⁵⁰ MARTINS-COSTA, Judith. Culturalismo e experiência no Novo Código Civil. In: *Revista do Tribunal Regional Federal da 1ª Região*. vol. VI, 2006. p. 26.

1.1.2 Il risarcimento dei pregiudizi non patrimoniali in Brasile: la clausola generale di responsabilità civile e il suo rapporto con la Costituzione.

L'attuale sistema di risarcimento dei danni di natura non patrimoniale nell'ordinamento giuridico brasiliano è il risultato di una curiosa articolazione tra regole costituzionali e regole di diritto civile, che, abbinate tra di loro, costituiscono il punto finale di un lungo sentiero: si parte dal rigetto quasi totale del risarcimento dei danni non patrimoniali e si arriva alla posizione presente, in cui i cosiddetti "danni morali" vengono risarciti pienamente. Tale punto finale, tuttavia, si presenta anche come punto di partenza, poiché, così come in altri sistemi giuridici di tradizione romano-germanica, anche l'ordinamento brasiliano si trova di fronte alla sfida di individuare in maniera più precisa possibile il concetto di danno non patrimoniale risarcibile.

Ed è una vera sfida considerando che sia la dottrina che la giurisprudenza brasiliane sono state molto creative nell'identificazione di nuove modalità di pregiudizi non patrimoniali da essere tutelati, molte volte sotto l'ispirazione di categorie di danno elaborate dalla dottrina straniera - maggiormente l'italiana, la francese e la tedesca.¹⁵¹ Tali "danni nuovi" sono stati solitamente introdotti nell'ordinamento giuridico brasiliano senza la cura necessaria. Tra i "danni nuovi" recentemente "scoperti" dalla giurisprudenza si trova il *dano existencial*, il quale, così come in Italia, presenta le sue problematiche. Tale nuova tipologia di danno verrà trattata nel secondo capitolo della tesi.

Per ora, nostro obiettivo è quello di presentare il sistema di risarcimento dei danni non patrimoniali in Brasile. In questo senso, considerando gli sviluppi storici della materia, per comprendere completamente la situazione attuale è necessario ripercorrere ogni tappa del sentiero percorso dalla dottrina, dalla giurisprudenza e anche dalle leggi brasiliane lungo l'Ottocento e Novecento, per poi arrivare ai giorni attuali.

¹⁵¹ SANSEVERINO, Paulo de Tarso Viera. *Princípio da reparação integral. Indenização no Código Civil*. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 28.

Però, innanzitutto, partendo dal presupposto che la “*ciência jurídica é qualificação, e qualificação é compreensão*”,¹⁵² è indispensabile fare una precisazione a proposito di una peculiarità del diritto brasiliano.

Per la maggior parte della dottrina e giurisprudenza brasiliana, l'espressione *dano moral* viene largamente utilizzata come sinonimo di *dano extrapatrimonial* o *dano não patrimonial*. Nonostante si ritenga che il danno morale costituisce soltanto un tipo di danno non patrimoniale, è la propria legge (Costituzione e Codice Civile¹⁵³) che utilizza l'espressione “*dano moral*” per far riferimento a tutte le specie di danni non patrimoniali.

Martins-Costa¹⁵⁴ menziona che, in ragione di questa confusione del legislatore, rari sono gli autori brasiliani che usano l'espressione *dano moral* con il dovuto significato ristretto,¹⁵⁵ essendo molto più diffusa la sinonimia tra danni morali e danni non patrimoniali in generale.¹⁵⁶ In questo modo, siccome in Brasile non si configurò un ripudio totale all'espressione “danno morale” - che è inclusive utilizzata dal testo costituzionale - la dottrina e la giurisprudenza hanno adottato il termine come sinonimo di danno non patrimoniale in modo molto confortevole. A

¹⁵² MARTINS-COSTA, Judith. *Pessoa, personalidade, dignidade. (ensaio de uma qualificação)*. 2003. Tese (livre-docência em Direito Civil) – Congregação da Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, 2003. p. 205.

¹⁵³ Costituzione brasiliana del 1988, art. 5º, commi V e X. Codice Civile brasiliano del 2002, art. 186.

¹⁵⁴ MARTINS-COSTA, Judith. Os danos à pessoa no direito brasileiro e a natureza da sua reparação. In: *A Reconstrução do Direito Privado*. MARTINS-COSTA, Judith. (org.). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 423.

¹⁵⁵ L'onorevole eccezione rispetta a Pontes de Miranda, illustre civilista brasiliano, autore di uno dei più celebri trattati di diritto civile del Novecento. Pontes de Miranda, infatti, distingue di forma chiara in che maniera la dottrina e giurisprudenza abbiano iniziato e mantenuto la confusione concettuale tra danno morale e danno non patrimoniale: “A expressão ‘dano moral’ tem concorrido para graves confusões (...) Às vezes, os escritores e juizes dissertadores empregam a expressão ‘dano moral’ em sentido amplíssimo (dano à normalidade da vida de relação, dano moral estrito, que é o dano à reputação, o dano por depressão ou exaltação psíquica ou nêurica, dano que não é qualquer dos anteriores mas também não ofende o patrimônio, como o de dor sofrida, o de destruição de bem sem qualquer valor patrimonial ou de valor patrimonial ínfimo). Aí, dano moral seria dano não patrimonial. Outros têm como dano moral o dano à normalidade da vida de relação, a dano que faz banir o *moral* da pessoa, e a dano à reputação. Finalmente, há o senso estrito de dano moral. O dano à reputação.” PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado*. Tomo XXVI. Rio de Janeiro: Borsoi, 1959. §3.108.

¹⁵⁶ MARTINS-COSTA, Judith. Os danos à pessoa no direito brasileiro e a natureza da sua reparação. In: *A Reconstrução do Direito Privado*. MARTINS-COSTA, Judith. (org.). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 422 e ss. L'autrice elenca gli autori brasiliani che adottano l'uso più ampio dell'espressione *dano moral*, i quali, nell'insieme, costituiscono la dottrina brasiliana civilista più pregiata dell'Novecento in tema di responsabilità civile. Tutti gli autori della lista che segue hanno pubblicato opere classiche che sono state editate parecchie volte, riferiamo qui sempre l'edizione più recente di ogni opera: AGUIAR DIAS, José de. *Da responsabilidade civil*. 11. ed. (ver. e atualiz. por Rui Berford Dias) Rio de Janeiro: Renovar, 2006.; BITTAR, Carlos Alberto. *Reparação civil por danos morais*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.; MELO DA SILVA, Wilson. *O dano moral e sua reparação*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999.; CAHALI, Yussef Said. *Dano moral*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

tal punto che si può affermare che in Brasile la espressione “*dano moral*” è sinonimo di “*dano não patrimonial*” oppure “*dano extrapatrimonial*”, nonostante l’evidente incorrettezza concettuale.¹⁵⁷

Perciò, in questa parte della ricerca (1.1.2), sempre che si faccia riferimento o citazioni di un autore che usi l’espressione *dano moral*, si deve ritenere l’aggettivo *moral* nel senso più ampio possibile, dove *moral* vuol dire non patrimoniale. Ogni eccezione verrà dovutamente segnalata.

Abbiamo menzionato sopra l’esistenza di un lungo sentiero verso il riconoscimento dottrinario, giurisprudenziale e poi legale della risarcibilità dei danni non patrimoniali in Brasile. Alcuni studiosi della materia segnalano l’esistenza di tre fasi distinte in questa traiettoria,¹⁵⁸ altri, invece, ne indicano quattro. Adottiamo, per la presente esposizione, la concezione che identifica quattro diverse fasi del sistema di responsabilità civile brasiliano, conforme la descrizione realizzata da Sanseverino.¹⁵⁹

a) Prima fase (1830 a 1916)

Durante la prima fase si può affermare che era ammesso l’indennizzo dei danni non patrimoniali, poiché si operava secondo il modello francese del *Code Civil*, ossia, vigeva il sistema dell’atipicità dell’illecito mediante l’esistenza di una clausola generale di risarcibilità dei danni illeciti cagionati per una azione colpevole.¹⁶⁰

¹⁵⁷ MARTINS-COSTA, Judith. Os danos à pessoa no direito brasileiro e a natureza da sua reparação. In: *A Reconstrução do Direito Privado*. MARTINS-COSTA, Judith. (org.). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 419.

¹⁵⁸ Guilherme Calmon Nogueira de Gama considera che si può dividere l’evoluzione dell’ammissione del risarcimento dei danni non patrimoniali in tre diversi periodi: una prima fase “negativista”, in cui non si riconosceva in nessun modo la risarcibilità dei danni non patrimoniali; una seconda fase intermedia, dagli anni sessanta fino alla Costituzione del 1988, in cui i danni non patrimoniali venivano indennizzati se concomitanti ai danni patrimoniali; e una terza fase positivista, iniziata nel 1988, nella quale i danni non patrimoniali acquisiscono livello costituzionale e il suo indennizzo diventa diritto fondamentale. Conforme: GAMA, Guilherme Calmon Nogueira de. Critérios para a fixação da reparação do dano moral: Abordagem sob a perspectiva civil-constitucional. In: LEITE, Eduardo de Oliveira (org.). *Grandes Temas da Atualidade: Dano Moral*. Rio de Janeiro: Forense, 2002. p. 226.

¹⁵⁹ SANSEVERINO, Paulo de Tarso Viera. *Princípio da reparação integral. Indenização no Código Civil*. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 26 e ss.

¹⁶⁰ È ormai notorio che il codice civile francese ha adottato, in materia di responsabilità civile, una clausola generale di risarcimento, che consiste nell’art. 1.382: “Tout fait quelconque de l’homme, qui cause à autrui un dommage, oblige celui par la faute duquel il est arrivé à le réparer”. I danni risarcibili descritti dagli articoli 1.383 a 1.386 del *Code Civil* sono considerati a titolo esemplificativo, e non come casi tassativi. In questa maniera, essendo l’articolo 1.382 una clausola generale di responsabilità civile e gli altri articoli degli esempi di danni indennizzabili, riguarda ai giudici il compito di stabilire i confini dei danni non patrimoniali.

La giurisprudenza brasiliana, nella mancanza di un Codice Civile, si appoggiava sugli articoli 21 e 22 del *Código Criminal do Império* del 1830,¹⁶¹ i quali determinavano che il “delinquente” aveva l’obbligo di “soddisfare” il danno cagionato dal delitto in maniera più completa possibile. Sanseverino riferisce che questi articoli hanno servito, dunque, di clausola generale di responsabilità civile durante gli anni anteriori al Codice Civile.

In effetti, è molto interessante constatare che in quel tempo i pregiudizi non patrimoniali venivano tutelati dal diritto penale, essendo abbastanza recente l’idea che sia compito del diritto civile la tutela di questi interessi. A proposito, ci chiarisce Couto e Silva: “*a admissão de um mínimo de indenização, quando o bem lesado não possui valor econômico, poderia ser vista como uma intromissão inaceitável de um elemento penal em matéria de responsabilidade civil.*”¹⁶²

Teixeira de Freitas, ha percepito che sarebbe compito del diritto civile tutelare i pregiudizi non patrimoniali, così come accadeva già in Francia. Così, nella sua *Consolidação*, prende “in prestito” gli articoli 21 e 22 del Codice Penale dell’Impero, inserendoli nel Titolo III del Libro I della parte speciale, (*Do dano e esbulho*), aggiungendo, però, che l’indennizzo dei danni deve essere domandato soltanto nell’ambito civile.¹⁶³

Fedele al suo compito di consolidare le leggi civili brasiliane, Teixeira de Freitas ha, dunque, mantenuto quasi che *ipsis litteris* la clausola generale di responsabilità civile per danni, che prima era inserita nell’ambito del diritto penale, e che secondo lui dovrebbe far parte del sistema di regole di diritto civile.

In faccia al fallimento delle successive proposte di Codice Civile, conforme riferito nel punto 1.1.1, il progetto di Codice Civile di Beviláqua finì per seguire il

¹⁶¹ I testi degli articoli: “art. 21. O delinquente satisfará o damno, que causar com o delicto”. “Art. 22. A satisfação será sempre a mais completa, que fôr possível, sendo no caso de duvida à favor do offendido.”

¹⁶² COUTO E SILVA, Clóvis Veríssimo do. O conceito de dano no direito brasileiro e comparado. In: *Revista dos Tribunais – 100 anos. Doutrinas Essenciais. Obrigações e Contratos*. vol. II. TEPEDINO, Gustavo; FACHIN, Luiz Edson (org.). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 1100. (originalmente pubblicato nella Revista dos Tribunais, n.667/7, maggio 1991).

¹⁶³ Dalla lettura degli articoli della *Consolidação* si verifica che Teixeira de Freitas ha voluto mantenere il sistema di responsabilità civile allora vigente, basato su una “clausola generale”, che ammetteva i danni anche non patrimoniali. Infatti, gli articoli 21 e 22 del Codice Penale dell’Impero furono riprodotti negli art. 798 e 800 della *Consolidação*, come segue: “art. 798: Todo o delinquente está obrigado a satisfazer o dano que causar com o delito. Art. 799: A indenização em todos os casos será pedida por acção civil. Não se poderá mais questionar sobre a existência do fato, e sobre quem seja seu autor, quando estas questões se-achem decididas no crime. Art. 800. A indenização será sempre a mais completa, que for possível; em caso de duvida, será á favor do ofendido”.

modello di responsabilità civile impostato da Teixeira de Freitas nella *Consolidação*, con alcune modifiche, come vedremmo.

b) Seconda fase (1916-1988)

La seconda fase, ancora conforme l'individuazione di Sanseverino, ha inizio con la pubblicazione del primo Codice Civile brasiliano nel 1916 e finisce con la promulgazione Costituzione Democratica brasiliana del 1988. In materia di responsabilità civile, il legislatore del Codice ha eletto un sistema che può definirsi come misto, una via di mezzo tra il sistema tedesco e francese.¹⁶⁴

Il Codice Civile brasiliano del 1916 conteneva una clausola generale di responsabilità civile nell'art. 159, che forniva il concetto di atto illecito:

Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência, ou imprudência, violar direito, ou causar prejuízo a outrem, fica obrigado a reparar o dano.¹⁶⁵

La posizione dell'art. 159 dentro del sistema del Codice è anche molto importante: l'articolo si trova all'interno della Parte Generale, più precisamente nel Libro III (*dos fatos jurídicos*), Titolo II (*dos atos ilícitos*). Così, in base alla sistematica adottata dal Codice brasiliano, il concetto di atto illecito descritto dall'art. 159 (parte generale) si applica a tutte le materie trattate nella parte speciale.

Dalla lettura dell'art. 159 si percepisce che stiamo davanti una norma che regola la responsabilità civile soggettiva, basata, dunque, sulla condotta colpevole (negligente, imprudente o imperita) dell'agente, imputandolo il dovere di indennizzare il danno cagionato. All'interno del Codice Civile del 1916 è possibile, tuttavia, trovare alcune ipotesi in cui la colpa non svolge il ruolo principale nell'imputazione del dovere di indennizzare. Sono i casi dei danni cagionati da animali (art. 1.527), dei danni cagionati dalla rovina di edificio (art. 1.528) e dei danni cagionati per lancio o caduta di oggetti dalle abitazioni (art. 1.529). La

¹⁶⁴ È la constatazione di Clóvis do Couto e Silva e Miguel Reale: COUTO E SILVA, Clóvis Veríssimo do. O conceito de dano no direito brasileiro e comparado. In: *Revista dos Tribunais – 100 anos. Doutrinas Essenciais. Obrigações e Contratos*. vol. II. TEPEDINO, Gustavo; FACHIN, Luiz Edson (org.). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 1099-1115. (originamente pubblicato nella *Revista dos Tribunais*, n.667/7, maggio 1991).; REALE, Miguel. O dano moral no direito brasileiro. In: *Temas de direito positivo*. REALE, Miguel (org.). São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992. p. 20-28.

¹⁶⁵ Una possibile traduzione all'italiano del testo dell'articolo 159 sarebbe: "Colui che, per azione o omissione volontaria, negligenza o imprudenza, viola diritto, o cagiona lesioni ad altrui, ha l'obbligo di riparare il danno".

clausola generale di responsabilità oggettiva nel diritto brasiliano verrà trattata, soltanto, presso il vigente Codice Civile del 2002 (art. 187). Tuttavia, molte leggi speciali editate durante il Novecento hanno regolato il tema, permettendo una apertura del sistema civile alla possibilità di responsabilizzazione basata sul rischio di una determinata attività.¹⁶⁶

Oltre alla clausola generale dell'art. 159, il Codice enumera, tra gli articoli 1537 e 1549, le principali fattispecie di danni - cagionati da atti illeciti – e la forma in cui essi devono essere risarciti. Così, in caso di omicidio, l'art. 1.537 determinava che l'indennizzo corrispondente al danno morte cagionato sia il pagamento delle spese per il trattamento della vittima e del suo funerale, oltre che il pagamento degli alimenti alle persone a cui il deceduto doveva. Esistevano anche delle disposizioni che determinavano l'indennizzo delle lesioni corporali;¹⁶⁷ dell'ingiuria e calunnia;¹⁶⁸ dei danni cagionati dalla violenza sessuale contro la donna;¹⁶⁹ e anche dell'offesa alla libertà personale.¹⁷⁰

E, per chiudere il capitolo del Codice che disponeva sulle ipotesi e corrispondenti modalità di indennizzo dei danni non patrimoniali, troviamo l'art.

¹⁶⁶ Durante il Novecento sono state editate molte leggi speciali che stabilivano l'indennizzo dei danni cagionati in assenza di condotta colposa, conforme l'elenco che presentiamo: Decreto n. 2.681, del 07 dicembre 1912, sulla "colpa presunta" delle ferrovie in caso di morte o lesione fisica cagionata ai passeggeri; Decreto Legislativo n. 3.724, del 15 gennaio 1919, sugli infortuni sul lavoro; Decreto Lei n. 227, del 28 febbraio 1967, che dispone sulla responsabilità oggettiva del concessionario di una miniera dei danni provocati dalla attività mineraria. Legge n.6.194, del 19 dicembre 1974, istituisce l'assicurazione obbligatoria della responsabilità civile per danni personali risultante dalla circolazione di autoveicoli, senza l'esigenza di comprovare una condotta colposa; Legge n. 6.453, del 17 ottobre 1977, che dispone sulla responsabilità civile obbiettiva dell'operatore dell'impianto nucleare per danni cagionati da incidenti nucleari; Legge n. 6.938 del 1981, che tratta della responsabilità civile oggettiva della persona fisica o giuridica che cagiona danni ambientali; Legge n.8.078, del 11 settembre 1990, che stabilisce il *Código de Defesa do Consumidor* (Codice del Consumo), negli art. 12 e 14 sono regolate le ipotesi di responsabilità obbiettiva del produttore, del fabbricante e del fornitore del servizio: "Art. 12. O fabricante, o produtor, o construtor, nacional ou estrangeiro, e o importador respondem, *independentemente da existência de culpa*, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos decorrentes de projeto, fabricação, construção, montagem, fórmulas, manipulação, apresentação ou acondicionamento de seus produtos, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua utilização e riscos. Art. 14. O fornecedor de serviços responde, *independentemente da existência de culpa*, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos relativos à prestação dos serviços, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua fruição e riscos." Oltre alle leggi speciali anche la Costituzione del 1988 ha regolato il tema della responsabilità civile obbiettiva delle persone giuridiche pubbliche o delle persone giuridiche private che prestano servizi pubblici nell'art. 37, § 6°: "As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa."

¹⁶⁷ Art. 1.538 a 1.540.

¹⁶⁸ Art. 1.547.

¹⁶⁹ Art. 1.548 e 1.549.

¹⁷⁰ Art. 1.550 a 1.552.

1.553, il quale enunciava che “nei casi non previsti in questo capitolo, l’indennizzo verrà fissato per arbitrio giudiziale”.¹⁷¹

Da quanto si è detto si percepisce che l’intenzione di Beviláqua, l’autore del progetto del Codice Civile, era quella di mantenere il sistema di responsabilità civile articolato in torno ad una clausola generale di responsabilità (art. 159) accompagnata di regole a titolo esemplificativo di danni non patrimoniali risarcibili (art. 1.537 a 1.553), combinando le soluzioni del diritto francese e tedesco in materia di responsabilità civile.¹⁷² In questo modo, secondo il proprio Beviláqua, si eviterebbe l’arbitrio del giudice, poiché si troverebbero all’interno del Codice i principali tipi di danni cagionati da atti illeciti e i suoi corrispettivi trattamenti giuridici.¹⁷³

Il problema era, secondo Couto e Silva, sapere se sarebbe possibile ammettere come atti illeciti risarcibili delle ipotesi non previste espressamente tra gli art. 1.537 e 1.553, come, ad esempio i danni non patrimoniali.¹⁷⁴ In altre parole, fino a dove poteva andare il giudice nell’interpretare la clausola generale dell’art. 159 e le ipotesi degli art. 1.537 a 1.553? Era precisamente questo il problema posto dalla giurisprudenza brasiliana durante il periodo compreso nella seconda fase, come andiamo a vedere.

Mentre i tribunali brasiliani avevano dei seri dubbi a proposito della risarcibilità dei danni non patrimoniali, i quali non erano regolati in maniera espressa dalla legge civile, la dottrina, invece, era favorevole ad una interpretazione più aperta dell’art. 159 e delle ipotesi degli art. 1.537 a 1.549 con lo scopo di accogliere anche i pregiudizi non patrimoniali.

Aguiar Dias, nel 1952 era già espressamente favorevole all’indennizzo del “*dano moral*” nel diritto brasiliano, basandosi su una lettura aperta del Codice del 1916.¹⁷⁵ Conforme insegnamento di Couto e Silva, la lettura congiunta dell’art. 159

¹⁷¹ Nell’originale: “Art. 1.553. Nos casos não previstos neste capítulo, se fixará por arbitramento a indenização.”

¹⁷² SANSEVERINO, Paulo de Tarso Viera. *Princípio da reparação integral. Indenização no Código Civil*. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 205.

¹⁷³ BEVILAQUA, Clóvis. *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil comentado*. Vol. V. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1921. p.302.

¹⁷⁴ COUTO E SILVA, Clóvis Veríssimo do. O conceito de dano no direito brasileiro e comparado. In: *Revista dos Tribunais – 100 anos. Doutrinas Essenciais. Obrigações e Contratos*. vol. II. TEPEDINO, Gustavo; FACHIN, Luiz Edson (org.). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 1102. (originamente pubblicato nella Revista dos Tribunais, n.667/7, maggio 1991).

¹⁷⁵ Così diceva: “Pensamos que em face da lei brasileira, não há lugar para supor que se tenha querido restringir a reparação ao dano material” AGUIAR DIAS, José de. O Dano moral e sua Reparação. In: *Revista Forense*. Comemorativa 100 anos. Tomo III – Direito Civil. Rio de Janeiro:

(clausola generale dell'illecito civile) e dell'art. 1.553 ("nei casi non previsti in questo capitolo, l'indennizzo verrà fissato per arbitrio giudiziale.") permetterebbe l'indennizzo dei danni non patrimoniali in generale:

Esta disposição [l'art.159] permite a indenização dos danos morais e constitui uma 'cláusula geral' desta matéria. Esclareça-se que a enumeração do Código Civil não é taxativa, pois menciona apenas os casos nos quais a reparação deverá ser estimada por via de arbitramento. Além disso, o art. 1.553 relaciona-se com o princípio constante do art. 159 do CC, o que pode ser considerado como uma 'cláusula geral', situação que não difere, em suas linhas gerais, do sistema adotado pelo Código Civil francês.¹⁷⁶

Ciò nondimeno, durante quasi tutta la seconda fase i tribunali si sono mostrati molto resistenti ad una interpretazione più aperta e coinvolgente del sistema delle regole sulla responsabilità civile dei danni non patrimoniali, allontanandosi del proposito iniziale di Beviláqua e non accogliendo il posizionamento maggioritario della dottrina.¹⁷⁷ Sanseverino informa che l'atteggiamento giurisprudenziale fu quello di interpretare in maniera molto restrittiva l'insieme di regole civile sul risarcimento dei danni non patrimoniali,¹⁷⁸ in modo tale che il suo indennizzo era ammesso soltanto secondo le fattispecie espressamente fissate dal Codice, come se quelle regole stabilissero dei casi tassativi di danni non patrimoniali risarcibili nell'ordinamento civile brasiliano.

Il fatto che il Codice Civile del 1916 non contenesse nessuna regola con l'espressione "danno morale", oppure "danno non patrimoniale", sembrava di dare conferma alla posizione restrittiva della giurisprudenza. Oltre a ciò, molti autori brasiliani e stranieri ribadivano tale rifiuto, presentando parecchi motivi in base ai

Forense, 2007. p.250. (contributo originalmente pubblicato nel vol. 49, novembre-dicembre 1940, della Revista Forense).

¹⁷⁶ COUTO E SILVA, Clóvis Veríssimo do. O conceito de dano no direito brasileiro e comparado. In: *Revista dos Tribunais – 100 anos. Doutrinas Essenciais. Obrigações e Contratos*. vol. II. TEPEDINO, Gustavo; FACHIN, Luiz Edson (org.). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 1113. (originalmente pubblicato nella Revista dos Tribunais, n.667/7, maggio 1991).

¹⁷⁷ Cahali è un'altro autore brasiliano ugualmente favorevole ad una interpretazione aperta dell'art. 159 del Codice Civile del 1916, ritenendo che gli art. 1.537 a 1.553 sono la prova che i danni non patrimoniali possano essere risarciti nell'ordinamento civile brasiliano: "Assim se é certo que o antigo Código Civil se omitira quanto a inserir uma regra geral de reparação do dano moral, não era menos certo que se referia a diversas hipóteses em que o dano moral seria reparável (arts. 1.537, 1.538, 1.543, 1.548, 1.549 e 1.550 todos do CC/1916); tais hipóteses assim referidas estavam longe de constituir simples exceção à regra de que só os danos patrimoniais deveriam ser ressarcidos; antes, pelo contrário, visando apenas disciplinar a 'forma de liquidação do dano', prestam-se para confirmar que está ínsita na lei civil a idéia de reparabilidade do dano moral." CAHALI, Yussef Said. *Dano Moral*. 3.ed. rev., atual e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p.48.

¹⁷⁸ SANSEVERINO, Paulo de Tarso Viera. *Princípio da reparação integral. Indenização no Código Civil*. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 27.

quali i danni di natura non patrimoniale non dovrebbero avere risarcimento in denaro.¹⁷⁹ E siccome è pratica comune dei magistrati brasiliani l'uso e, addirittura, la citazione della dottrina come parte della motivazione delle sentenze (usanza rarissima tra i giudici italiani, ad esempio) si può affermare che la dottrina 'negativista', sia brasiliana che straniera, ha influenzato notevolmente tale posizionamento giurisprudenziale.

Tra tutti gli argomenti contro l'indennizzo dei danni non patrimoniali, forse il più conosciuto è quello che riteneva moralmente condannabile compensare il dolore sperimentato dalla vittima con il denaro. Quando l'argomento dell'immoralità non era accolto, ragioni pragmatiche erano sollevate, mettendo in discussione l'impossibilità di trovare "*uma equivalência rigorosa entre o dano extrapatrimonial e o montante reparatório*."¹⁸⁰

In realtà, conforme l'indagine storica elaborata da Cahali, la dottrina nazionale, prima e dopo del Codice Civile del 1916, era già, nella sua maggioranza, favorevole alla riparazione dei danni non patrimoniali. Tra la dottrina favorevole, Cahali elenca nomi di importanza come: Carvalho de Mendonça, Teixeira de Freitas, Philadelpho Azevedo, Espínola e Espínola Filho, Wilson Melo da Silva, Orozimbo Nonato, Pontes de Miranda e Caio Mário da Silva Pereira.¹⁸¹

Negli anni sessanta, però, la giurisprudenza brasiliana da un primo passo, anche se discreto, verso l'accettazione della riparabilità dei danni non patrimoniali con l'emissione della *súmula* n. 491¹⁸² del *Supremo Tribunal Federal* (STF),¹⁸³ il

¹⁷⁹ Aguiar Dias ha elaborato un riassunto dei principali argomenti contrari alla tesi del risarcimento del danno non patrimoniale (*Da responsabilidade civil*. 4.ed., Rio de Janeiro: Forense, 1960. 2v. p.774): "Os argumentos dos adversários do ressarcimento do dano moral podem ser metodicamente resumidos a este esquema: a) falta de efeito penoso durável; b) incerteza do direito violado; c) dificuldades em descobrir a existência do dano moral; d) indeterminação do número de pessoas lesadas; e) impossibilidade de rigorosa avaliação em dinheiro; f) imoralidade da compensação da dor com o dinheiro; g) extensão do arbítrio concedido ao juiz." A proposito Yussef Cahali indica i principali autori non brasiliani contrari alla risarcibilità dei danni morali che hanno influenzato fortemente la giurisprudenza brasiliana (*Dano Moral*. 3.ed. rev., atual e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p.24): Savigny, Gabba, Massin, Chironi, Venzi, Marchesini, Pedrazzi, Cavagnari, ecc. Tra gli autori brasiliani, invece, Cahali menziona: Lacerda de Almeida e Lafayette.

¹⁸⁰ PIRES DE LIMA, Zulmira. Responsabilidade civil por danos morais. In: *Revista Forense*. Comemorativa 100 anos. Tomo III – Direito Civil. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p.104. (contributo originalmente pubblicato nel settembre 1940, vol. 83 della Revista Forense).

¹⁸¹ CAHALI, Yussef Said. *Dano Moral*. 3.ed. rev., atual e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p.47-48.

¹⁸² Così il testo della *súmula* n. 491 del STF del 03 dicembre 1969: "*É indenizável o acidente que causa a morte de filho menor, ainda que não exerça trabalho remunerado*." Nel diritto brasiliano la *súmula* è una voce che registra l'interpretazione pacifica o maggioritaria di un tribunale su un argomento specifico con base nel giudizio di diversi casi simili, con il duplice scopo di rendere più accessibile alla società la giurisprudenza di un certo tribunale e anche per promuovere l'uniformità

cui obiettivo era quello di determinare la compensazione del danno cagionato ai genitori dalla morte di un figlio minore, anche se in giovane età.

Allora, siamo nell'ambito dell'art. 1.537 del Codice Civile, il quale determinava, in maniera molto chiara, che in caso di morte cagionata per atto illecito avrebbe luogo l'indennizzo delle spese con l'eventuale trattamento medico e il funerale della vittima (secondo il comma I), oltre che il pagamento degli alimenti dovuti dal *de cuius* (comma II). Ovvero, si disciplinava l'indennizzo di danni di natura eminentemente patrimoniale.

Oltre a ciò, si verifica che la regola descritta riguardava, in generale, l'indennizzo della morte del *pater familias* o, comunque, di una persona che aveva la responsabilità di sostenere una famiglia. L'intenzione della norma era assicurare al gruppo familiare gli alimenti che la vittima dovrebbe fornire. Tuttavia, nell'eventualità di morte di un bambino, la giurisprudenza non applicava il comma II dell'art. 1.537 per condannare l'offensore al pagamento degli alimenti, giusto perché al minore riguarda la posizione di dipendente degli alimenti dei genitori e non il contrario. Quindi, in questi casi di morte di un figlio minore si riteneva che in assenza di un pregiudizio economico, nessuna forma di riparazione o indennizzo avrebbe luogo.¹⁸⁴

Negli anni sessanta del Novecento, però, la giurisprudenza inizia a cedere, considerando che nei casi in cui le famiglie colpite fossero a basso reddito, s'intenderebbe che la perdita del figlio minore causerebbe ugualmente una perdita economica importante, rappresentata dalla mancata collaborazione economica futura del figlio deceduto.¹⁸⁵

Nel contesto sociale brasiliano, nelle famiglie a basso reddito, infatti, i figli minori rappresentano una speranza di futura contribuzione alla rendita familiare, che in caso di morte veniva frustrata, comportando il diritto al pagamento degli

tra le decisioni. Va osservato che la *súmula* può o no essere vincolante. La *súmula* n. 491 non è vincolante, ma rappresenta l'intendimento del STF sulla risarcibilità del danno cagionato dalla scomparsa prematura di un figlio minore, nel senso che torna pubblico il fatto che ogni volta che il tale tema viene discusso nei casi sottomessi all'analisi del Tribunale la decisione finale sarà sempre la stessa e rispetterà sempre il principio esposto dalla *súmula*.

¹⁸³ Il *Supremo Tribunal Federal* inizia sua esistenza con la prima Costituzione repubblicana del Brasile del 1891 e da allora questo tribunale è sempre funzionato come ultimo grado di giurisdizione e anche come istanza competente per giudicare la costituzionalità delle leggi, essendo il "custode della Costituzione". Attualmente la sua competenza giurisdizionale è regolata dagli art. 101 a 103 della Costituzione Federale del 1988.

¹⁸⁴ CAHALI, Yussef Said. *Dano Moral*. 3.ed. rev., atual e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p.80.

¹⁸⁵ SANSEVERINO, Paulo de Tarso Viera. *Princípio da reparação integral. Indenização no Código Civil*. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 233-234.

alimenti che il figlio avrebbe potuto prestare ai suoi genitori. Sono stati questi gli argomenti ammessi dal Ministro Aliomar Baleeiro nel famoso *Recurso Extraordinário* n.59.940¹⁸⁶ che ha poi condotto alla pubblicazione della *súmula* n.491.

Cahali¹⁸⁷ osserva che i precedenti storici di tale *súmula* già indicavano che la perdita di un figlio causerebbe dei pregiudizi materiali e anche non patrimoniali per i genitori. Il *Supremo Tribunal Federal*, però, in un periodo iniziale aveva affermato che l'applicazione della *súmula* non si riferiva al risarcimento del danno non patrimoniale puro, ma riguardava soltanto l'impatto economico del fatto¹⁸⁸ (morte del figlio minore). Poi, il tribunale iniziò a ritenere che nel concedere l'indennizzo per la perdita dei potenziali alimenti del figlio minore deceduto, si trovava già compreso l'indennizzo dei danni morali sperimentati.¹⁸⁹

Dunque, a partire dall'edizione della *súmula* n.491 del STF, la quale, secondo Miguel Reale,¹⁹⁰ rappresentò la via d'ingresso del danno non patrimoniale nel diritto positivo brasiliano, si verifica una graduale crescita dell'accoglienza giurisprudenziale dei danni non patrimoniali, però, vale dire, tale accoglienza si effettuava in modo molto ristretto e condizionato, principalmente presso il STF.

In essenza, per il *Supremo Tribunal Federal*, tra gli anni sessanta e fine degli anni ottanta, per le vittime che sperimentassero danni non patrimoniali

¹⁸⁶ La massima della famosa sentenza: "Responsabilidade civil. Morte de filhos menores, conforme as circunstâncias, comporta indenização. O problema resolve-se na liquidação por arbitramento." (BRASIL, Supremo Tribunal Federal, *Recurso Extraordinário* n. 59.940, Relator: Min. Aliomar Baleeiro, segunda turma, julgado em: 26/04/1966);

¹⁸⁷ CAHALI, Yussef Said. *Dano Moral*. 3.ed. rev., atual e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p.82-104. L'autore conduce uno studio approfondito sulla giurisprudenza dell'epoca dell'edizione della *súmula* n. 491.

¹⁸⁸ Come esempio di tale intendimento la seguente massima di una sentenza del STF del 1973: "Responsabilidade civil. Verbas indenizatórias relativas a tratamento dos pais da vítima, a despesas com tumulto e com a identificação do autor do crime. Comprovada a existência de outros prejuízos decorrentes do ato ilícito, deve o responsável por ele indenizá-los, além de prestar alimentos. E indenizável o acidente que cause a morte de filho menor, ainda que não exerça trabalho remunerado (súmula 491). Não se trata de reparação de puro dano moral, mas da repercussão econômica do fato. Correção monetária tomada como simples critério de fixação de indenização (súmula 490). Recurso não conhecido." (BRASIL, Supremo Tribunal Federal, *Recurso Extraordinário* n. 77.113, Relator: Min. Rodrigues Alckmin, primeira turma, julgado em: 11/12/1973). (corsivo nostro).

¹⁸⁹ Conforme si vede in questa massima di sentenza del STF del 1981: "Responsabilidade civil. Falecimento de passageiro em consequência de queda do trem em que viajava. Ressarcimento pleiteado pela mãe. Na indenização, a ela concedida pela perda do direito potencial a alimentos, está incluído o dano moral." (BRASIL, Supremo Tribunal Federal, *Recurso Extraordinário* n. 93.488, Relator: Min. Soares Muñoz, primeira turma, julgado em: 10/02/1981). (corsivo nostro).

¹⁹⁰ REALE, Miguel. O dano moral no direito brasileiro. In: *Temas de direito positivo*. REALE, Miguel (org.). São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992. p. 24.

cagionati da incidenti (e la giurisprudenza dell'epoca sembra di concentrarsi sui casi di incidenti stradali e ferroviari) soltanto avrebbero diritto all'indennizzo gli incidenti che non causassero la morte. In altre parole, se lo incidente causasse delle lesioni fisiche, la vittima avrebbe diritto al risarcimento dei danni patrimoniali (conforme determinato dagli art. 1539 e 1540 del Codice Civile) e anche dei danni non patrimoniali come forma di compensazione al dolore e alla sofferenza psichica e fisica subito dalla vittima.¹⁹¹

Però, se dall'incidente si verificasse la morte della vittima, i familiari non avrebbero diritto all'indennizzo dei danni non patrimoniali, poiché il STF riteneva assolutamente soggettiva la porzione di questi danni. Si è costituita, così, una vigorosa giurisprudenza negativista secondo la quale, in caso di morte della vittima, i "danni morali" cagionati alla sua famiglia non potrebbero essere indennizzati se dallo stesso fatto dannoso derivassero anche pregiudizi patrimoniali (come il risarcimento delle spese del funerale, del trattamento della vittima e la concezione degli alimenti). Era il famoso intendimento del STF che stabiliva il divieto di cumulare il risarcimento del danno patrimoniale con il danno non patrimoniale, sul quale troviamo parecchie sentenze dello STF tra gli anni settanta e ottanta.¹⁹²

¹⁹¹ Conforme vasta giurisprudenza: "Responsabilidade civil. *Dano moral acumulado com dano material somente indenizável a própria vítima, não a seus descendentes ou beneficiários.* Recurso extraordinário conhecido, em parte, e, nessa parte, provido." (BRASIL, Supremo Tribunal Federal, Recurso Extraordinário n. 113705, Relator: Min. Oscar Corrêa, primeira turma, julgado em 30/06/1987);

"Responsabilidade civil. Acidente de trem. Morte do passageiro. Nessa hipótese, não são acumuláveis indenizações por dano patrimonial e dano moral. Precedentes do STF. Código civil, art. 1537. Lei n. 2681, de 1912, art.22. *O dano moral causado por conduta ilícita é indenizável, como direito subjetivo da própria pessoa ofendida*, qual sucede no caso de lesão corpórea deformante, que resulte do acidente, a teor do art. 21, da lei n. 2681/1912. Nesta última hipótese, são acumuláveis as indenizações por dano moral e lucros cessantes. Precedentes do STF. Recurso extraordinário conhecido e provido, para *excluir a indenização por dano moral*, que o acórdão concedeu a família da vítima, em acidente ferroviário, cumulativamente com a indenização por dano patrimonial." (BRASIL, Supremo Tribunal Federal, Recurso Extraordinário n.106926, Relator: Min. Néri da Silveira, primeira turma, julgado em 22/11/1985).

¹⁹² La giurisprudenza del STF sul tale divieto è molto ampia e consolidata in tal modo che ora elenchiamo soltanto tre massime di sentenze in questo senso. Gli anni sono 1971, 1976 e 1983:

"Responsabilidade civil. Indenização ao pai, pela morte do filho menor, embora na ausência de prova de que este concorresse, na ocasião do fato, para a manutenção daquele. Precedentes do supremo tribunal federal. *Inexistência de direito a outra reparação, por dano moral.* Fixação da pensão mensal em 1/3 do salário da vítima, com reajustamentos, em face de aumentos do salário mínimo. Aplicação da súmula 490. Acréscimo a pensão mensal, da fração correspondente ao 13 salário. Juros simples, a partir da citação inicial. Honorários de advogado, estimados segundo a regra do art. 97, par. 4. Da l. 4.215, de 27 de abril de 1963. Custas em proporção. Recurso extraordinário conhecido e provido parcialmente. (BRASIL, Supremo Tribunal Federal, Recurso Extraordinário n. 71465, Relator: Min. Eloy da Rocha, segunda turma, julgado em 11/10/1971).

In riassunto, l'opinione del STF sui danni non patrimoniali derivanti da incidenti durante gli anni settanta e ottanta era questa: il "danno morale" poteva essere risarcito soltanto in quanto diritto soggettivo della persona che abbia sofferto il pregiudizio causato dall'atto illecito, poiché, all'avviso del STF, il Codice Civile non conferiva ai genitori o ai famigliari del deceduto il diritto all'indennizzo del danno non patrimoniale cagionato dalla morte, soltanto dei danni patrimoniali. Dunque, il tribunale non contestava la possibilità di indennizzo del danno morale, il problema era ammettere il suo indennizzo di forma autonoma ai genitori e altri famigliari.

Dunque, nel periodo compreso tra la *súmula* n.491 e la promulgazione della Costituzione del 1988, la giurisprudenza brasiliana dei tribunali superiori, come il STF, si è posizionata né per il divieto totale dell'indennizzo dei danni non patrimoniali, né per la sua ammissione incondizionata. A tale riguardo Severo¹⁹³ sottolinea che la giurisprudenza ha adottato un posizionamento intermedio, conforme alle, cosiddette, teorie eclettiche o miste per l'indennizzo dei danni non patrimoniali. Dal punto di vista delle teorie miste, si ammetterebbe l'indennizzo dei danni non patrimoniali in tre casi: quando essi fossero causa efficiente di un pregiudizio patrimoniale, quando derivanti da un reato, oppure nei casi di offesa agli interessi tutelati espressamente dalla legge, come nei casi previsti dal Codice Civile 1916 tra gli articoli 1537 e 1553.¹⁹⁴

Anche se l'adozione delle teorie miste sono stati a lungo l'unica possibilità di indennizzo dei pregiudizi non patrimoniali, Delgado ci spiega che: "*em realidade, era a indenização patrimonial que se concedia e não, propriamente, moral*"¹⁹⁵. Inoltre, come suggerito da Cahali¹⁹⁶ tali teorie non erano coerenti,

"Responsabilidade civil. *Acidente ferroviário*. Indenização com 13.salário e verba para a sepultura. Honorários de advogado na forma do art. 97, par 4, da I. N. 4.215/63. *Improcedência da reparação a título de dano moral*. Recurso extraordinário parcialmente provido."(BRASIL, Supremo Tribunal Federal, Recurso Extraordinário n. 83374, Relator: Min. Bilac Pinto, primeira turma, julgado em 11/05/1976).

"Responsabilidade civil. Acolhimento de arguição de relevância. *Na indenização decorrente de acidente não se cumula o ressarcimento do dano moral com o dano material*. Recurso extraordinário provido, para excluir-se da condenação a verba concernente a dano moral." (BRASIL, Supremo Tribunal Federal, Recurso Extraordinário n. 100.290, Relator: Min. Djaci Falcão, segunda turma, julgado em: 28/06/1983). (corsivi nostri).

¹⁹³ SEVERO, Sérgio. *Os Danos Extrapatrimoniais*. São Paulo: Saraiva, 1996, p.68.

¹⁹⁴ SEVERO, Sérgio. *Os Danos Extrapatrimoniais*. São Paulo: Saraiva, 1996, p.69.

¹⁹⁵ DELGADO, Rodrigo Mendes. *O valor do dano moral: Como chegar até ele*. Leme: JH Mizuno, 2003. p.129.

¹⁹⁶ CAHALI, Yussef Said. *Dano Moral*. 3.ed. rev., atual e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p.29.

poiché, condizionare la riparabilità del danno non patrimoniale all'esistenza di una perdita economica restringe la gamma di possibilità per cui i danni non patrimoniali possono essere risarciti.

Alla vigilia della promulgazione della Costituzione Federale del 1988, tuttavia, erano già presenti alcune sentenze che riconoscevano i danni non patrimoniali come categoria autonoma di danni risarcibili, anticipando di alcuni anni il cambiamento legale e giurisprudenziale caratteristica della terza fase.¹⁹⁷

Dunque, descritto il periodo denominato “seconda fase”, passiamo alla fase successiva la quale ha inaugurato il risarcimento integrale dei danni non patrimoniali in Brasile.

c) Terza fase (1988-2002)

L'ostacolo creato dalla giurisprudenza brasiliana intorno alla possibilità di risarcimento dei danni non patrimoniali è stato definitivamente superato con la promulgazione della Costituzione Federale del 1988,¹⁹⁸ la quale, nel suo articolo 5°, commi V e X,¹⁹⁹ consacrò la possibilità di risarcimento dei danni non patrimoniali, senza alcuna limitazione in base alla sua portata o rapporto con altri tipi di danni.

L'articolo 5°²⁰⁰ della Costituzione Federale (CF) dichiara, in un elenco lunghissimo di settantasei commi, tutti i diritti e garanzie fondamentali protetti dalla Repubblica Federativa del Brasile per tutte le persone, siano brasiliani che

¹⁹⁷ Esempi di alcune sentenze del STF che hanno ammesso l'indennizzo dei “danni morali” in materia di diritto d'autore e rifiuto ingiustificato di pagamento di assegno da parte della banca: “DANO MORAL PURO. Restituição indevida de cheque, com a nota 'sem fundos', a despeito de haver provisão suficiente destes. cabimento da indenização, a título de dano moral, não sendo exigível a comprovação de reflexo patrimonial do prejuízo. recurso extraordinário de que não se conhece, por não estar caracterizada a negativa de vigência do art. 159 do código civil e do art. 333 do código de processo civil, tampouco o alegado dissídio jurisprudencial (BRASIL, Supremo Tribunal Federal, Recurso Extraordinário n. 109233, Relator: Min. Octavio Gallotti, primeira turma, julgado em: 12/08/1986);

“DIREITO AUTORAL. FOTOGRAFIA. MODIFICAÇÃO DA OBRA E OMISSÃO DO NOME DO AUTOR. Nos termos do art-126 da lei 5988, de 1973, o autor tem direito a ser indenizado por danos morais e a ver divulgada sua identidade, independentemente da prova tópica de haver sofrido prejuízo econômico. hipótese de não-conhecimento do recurso da agencia de publicidade, e de provimento do recurso do autor. (BRASIL, Supremo Tribunal de Justiça, Recurso Extraordinário n. 99501, Relator: Min. Francisco Resek, segunda turma, julgado em: 28/02/1984);

¹⁹⁸ Promulgata nel cinque ottobre 1988.

¹⁹⁹ Art. 5° (...) V- é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral, ou à imagem. (...) X- são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação.

²⁰⁰ Il testo del *caput* dell'articolo 5°: “Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: (...)”

stranieri residenti, determinando anche che le norme sui diritti e garanzie fondamentali hanno applicazione immediata.²⁰¹

Tra i numerosi commi dell'art. 5° ne troviamo due, i già menzionati commi V e X, che hanno trasformato il sistema di responsabilità civile per danni non patrimoniali in Brasile. Per la prima volta nell'ordinamento nazionale, la legge, nientemeno che la Costituzione, autorizzava espressamente l'*indenização por dano moral*', conforme si vede dal testo legale:

Art. 5° (...)

V- é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da *indenização por dano material, moral, ou à imagem*. (...)

X- são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a *indenização pelo dano material ou moral* decorrente de sua violação. (corsivi nostri)

Una domanda importante da porsi a questo punto è se sarebbe necessario, o anche possibile, attribuire al testo costituzionale il compito di trattare dell'indennizzo dei danni non patrimoniali in maniera così esplicita. Su questo punto Casillo riferisce che, infatti, tecnicamente, la Costituzione non è la sede legale più adeguata per regolare il tema, però la spiegazione che si può dare a questo fenomeno si trova nel carattere simbolico del testo costituzionale del 1988 in Brasile:

(...) a Constituição de 1988, fruto de várias correntes do pensamento nacional, espelhou a preocupação de ampla parcela da comunidade nacional preocupada com a falta de resposta às hipóteses de dano à pessoa que aumentam em número e em valor.²⁰²

Si deve rimarcare che la Costituzione del 1988 ha questa carica simbolica perché segna l'inaugurazione di un nuovo ciclo democratico in Brasile dopo vent'anni di regime dittatoriale imposto dai militari dal 1964 fino al 1985. Affrontare le questioni relative alla responsabilità civile e ai danni morali non costituisce, certamente, uno dei compiti di una Costituzione, almeno in base al suo concetto tradizionale. Però, nel caso brasiliano, in un momento di radicali cambiamenti politici e sociali come accadeva, appunto, alla fine degli anni ottanta, ogni materia percepita come problematica o inadeguatamente trattata dalle leggi allora vigenti

²⁰¹ Il paragrafo primo dell'art. 5° così stabilisce: "As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata."

²⁰² CASILLO, João. Dano e indenização na Constituição de 1988. In: *Revista dos Tribunais – 100 anos. Doutrinas Essenciais*. vol I. TEPEDINO, Gustavo; FACHIN, Luiz Edson (org.) São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 1180. (originalmente pubblicato nella Revista dos Tribunais, n.660/37, ottobre 1990).

ha avuto accoglienza costituzionale e, dunque, protezione contro future instabilità istituzionali.

In questo senso, i membri della costituente hanno coinvolto anche il risarcimento dei danni morali (non patrimoniali) come materia costituzionale, in mancanza di un Codice Civile o altra legge di diritto privato che lo garantisse in modo espresso.

Dunque, in conseguenza del mandamento espresso della Costituzione, i tribunali hanno iniziato ad ammettere il risarcimento di questo tipo di danno. Il problema ora era cambiato: non si poneva più la questione di sapere se i danni non patrimoniali dovessero essere risarciti o no, ma in che maniera e secondo quali criteri.

La dottrina civilista, in faccia a tale capovolgimento del sistema giuridico nazionale, ha dovuto ripensare il rapporto tra Costituzione e Codice Civile. E, infatti, dall'inizio degli anni novanta molti autori si sono dedicati allo studio del cosiddetto fenomeno della "costituzionalizzazione" del diritto privato.

Secondo Bodin de Moraes, in saggio pubblicato nel 1993 (dunque ancora sotto l'influenza della appena promulgata Costituzione nel 1988) si dovrebbe iniziare a pensare "un diritto civile effettivamente trasformato dalla normativa costituzionale",²⁰³ per cui i tribunali e la dottrina dovrebbero procedere al difficile però necessario compito di "rileggere il Codice Civile e le leggi speciali civili alla luce della Costituzione Federale".²⁰⁴

Ed, effettivamente, a partire del testo costituzionale del 1988 si è costituita una robusta dottrina brasiliana²⁰⁵ preoccupata con i problemi derivanti dal rapporto

²⁰³ BODIN DE MORAES, Maria Celina. A caminho de um direito civil constitucional. In: *Revista dos Tribunais 100 anos. Doutrinas Essenciais*. vol I. TEPEDINO, Gustavo; FACHIN, Luiz Edson (org.) São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 270. (originalmente pubblicato nella Revista de Direito Civil, n.65/21, luglio-settembre 1993).

²⁰⁴ BODIN DE MORAES, Maria Celina. A caminho de um direito civil constitucional. In: *Revista dos Tribunais 100 anos. Doutrinas Essenciais*. vol I. TEPEDINO, Gustavo; FACHIN, Luiz Edson (org.) São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 271. (originalmente pubblicato nella Revista de Direito Civil, n.65/21, luglio-settembre 1993).

²⁰⁵ Alcuni esempi di opere dedicate a studiare i rapporti tra diritto civile e costituzionale in Brasile: BODIN DE MORAES, Maria Celina. A caminho de um direito civil constitucional. In: *Revista dos Tribunais 100 anos. Doutrinas Essenciais*. vol I. TEPEDINO, Gustavo; FACHIN, Luiz Edson (org.) São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 270. (originalmente pubblicato nella Revista de Direito Civil, n.65/21, luglio-settembre 1993); BODIN DE MORAES, Maria Celina. Constituição e Direito Civil: Tendências. In: *Revista dos Tribunais*, vol. 779, 2000. p. 47-63.; TEPEDINO, Gustavo, *Temas de direito civil*, 3. ed., Rio de Janeiro: Renovar, 2004. p. 1-22.; SARLET, Ingo Wolfgang. Direitos fundamentais e direito privado: algumas considerações em torno da vinculação dos particulares aos direitos fundamentais. In: *Revista Jurídica*, n. 354, fev. 2007. p.45-94.; SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *A Constituição e o Novo Código Civil*. Porto Alegre: Livraria do Advogado,

tra diritto civile e diritto costituzionale, poiché la Costituzione, non si è limitata - nell'ambito del diritto civile - a disporre soltanto sulla responsabilità civile, al contrario, molte altre materie tipicamente civili sono ora anche regolate in sede costituzionale.²⁰⁶

Le teorie che cercano di spiegare la relazione possibile tra normativa civile e costituzionale si basano sull'idea che il Codice Civile non si trova più al centro del diritto privato, poiché la concezione del Codice come fonte unica e esclusiva delle regole civili deve essere superata per dar luogo alla Costituzione come testo legale centrale del sistema, ovvero, aprire spazio alla efficacia normativa dei principi costituzionali nei rapporti civili.²⁰⁷

Tale dottrina, infatti, trovava conferma nella realtà legislativa brasiliana degli anni novanta, che, oltre alla novità rappresentata dalla nuova Costituzione del 1988, si trovava di fronte ad un enorme rinnovamento legislativo con l'edizione di varie leggi speciali che regolavano materie di diritto civile, come il Codice del Consumo (Legge n. 8.078 del 11 settembre 1990), lo Statuto dell'infanzia e adolescenza (Legge n. 8.069, del 13 giugno 1990), la legge sulle locazioni urbane (Legge n. 8.245 del 18 ottobre 1991) e la legge sul diritto d'autore (Legge n. 9610 del 19 febbraio 1998). Conforme spiega Bodin de Moraes:

Diante da nova Constituição e da proliferação dos chamados microssistemas, como, por exemplo, a Lei do Direito Autoral, e recentemente , o Estatuto da Criança e do Adolescente, o Código de Defesa do Consumidor e a Lei das Locações, é forçoso reconhecer que o Código Civil não mais se encontra no centro das relações de direito privado. Tal pólo foi deslocado, a partir da consciência da unidade do sistema e do respeito à hierarquia das fontes normativas, para a Constituição, base única dos princípios fundamentais do ordenamento.²⁰⁸

2003.; SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *A Constituição Concretizada - Construindo Pontes com o Público e o Privado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

²⁰⁶ La proprietà privata è disciplinata in due commi dell'art. 5°, nei quali è garantito il diritto alla proprietà e alla sua funzione sociale: "XXII - é garantido o direito de propriedade; XXIII - a propriedade atenderá a sua função social." Il diritto di famiglia ugualmente trova regolazione all'interno del testo Costituzionale, visto che in tanti aspetti il Codice Civile allora vigente era molto conservatore per quanto riguarda i rapporti familiari. L'art. 226 della Costituzione riconosce le unioni di fatto, tra uomo e donna, come equiparate al matrimonio civile, la parità dei diritti tra uomo e donna nella società coniugale e la garanzia del diritto al divorzio. Art. 226, §3°: "Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento." Art. 226, §5°: "Os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher." Art. 226, §6°: "O casamento civil pode ser dissolvido pelo divórcio."

²⁰⁷ Vedere: TEPEDINO, Gustavo. O Código Civil, os chamados microssistemas e Constituição: premissas para uma reforma legislativa. In: *Problemas de Direito Civil*. TEPEDINO, Gustavo (coord.). Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 1 e ss.

²⁰⁸ BODIN DE MORAES, Maria Celina. A caminho de um direito civil constitucional. In: *Revista dos Tribunais 100 anos. Doutrinas Essenciais*. vol I. TEPEDINO, Gustavo; FACHIN, Luiz Edson (org.)

Relativamente alle regole costituzionali che determinano il riconoscimento dei danni non patrimoniali come un tipo di danno risarcibile, la dottrina specializzata²⁰⁹ indica che nel momento in cui l'art. 1°, comma III, della CF, ha sancito la dignità della persona umana come uno dei fondamenti della Repubblica Federativa del Brasile,²¹⁰ è stata fornita la base necessaria alla riparabilità dei danni non patrimoniali nel proprio testo costituzionale, anche se il Codice Civile del 1916, allora vigente, non comprendesse la previsione espressa del risarcimento di questi tipi di danno.

In effetti, trattasi di due diversi approcci alla materia, da un lato un Codice Civile ormai settantenne, pensato e scritto in base al modello Ottocentesco di codice, e dall'altro l'esistenza di nuove leggi speciali che regolavano materie poco o per nulla trattate dal Codice e di una Costituzione innovatrice che comprendeva, addirittura, regole di diritto civile. Bodin de Moraes chiarisce la questione, poiché, secondo l'autrice, trattasi di un problema di precedenza:

(...) enquanto o Código dava precedência às situações patrimoniais, no sistema de Direito Civil fundado pela Constituição a prevalência foi atribuída às situações jurídicas extrapatrimoniais, porque à pessoa humana o ordenamento jurídico deve dar garantia e proteção prioritárias.²¹¹

Quindi, se per il Codice Civile del 1916 la precedenza era data ai problemi relativi al patrimonio delle persone (contratti, beni, obbligazioni), per la Costituzione del 1988 la priorità si indirizza alla tutela della persona stessa, compresa la tutela dei suoi interessi non patrimoniali. In questo modo, durante il periodo compreso tra 1988 e 2002, in mancanza di un Codice Civile aggiornato alla Costituzione, la dottrina – e pure i tribunali, come vedremo – inizia un sforzo per capire e meglio gestire l'inevitabile “processo di costituzionalizzazione della responsabilità civile”.²¹²

São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 263. (originamente pubblicato nella Revista de Direito Civil, n.65/21, luglio-settembre 1993).

²⁰⁹ BODIN DE MORAES, Maria Celina. A constitucionalização do direito civil e seus efeitos sobre a responsabilidade civil. In: *Direito, Estado e Sociedade*. vol. 29, jul-dez 2006. p. 234.

²¹⁰ “Art. 1º: A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: (...) III - a dignidade da pessoa humana.”

²¹¹ BODIN DE MORAES, Maria Celina. *Danos à pessoa humana: Uma leitura civil-constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p.75.

²¹² BODIN DE MORAES, Maria Celina. A constitucionalização do direito civil e seus efeitos sobre a responsabilidade civil. In: *Direito, Estado e Sociedade*. vol. 29, jul-dez 2006. p. 242.

La giurisprudenza del periodo, di conseguenza, non è rimasta alla larga di tali cambiamenti. Un primo e deciso passo fu la pubblicazione nel 1992 della *súmula* n.37,²¹³ dell'allora recentemente creato *Superior Tribunal de Justiça*²¹⁴ (STJ), la quale estingue il divieto di cumulare l'indennizzo dei danni patrimoniali e non patrimoniali oriundi dallo stesso atto illecito, allargando di forma definitiva il raggio delle possibilità di danni non patrimoniali indennizzabili.

Nemmeno il STF si è sottratto al compito di aggiornare la sua giurisprudenza al nuovo sistema di diritto civile influenzato dalle regole costituzionali. Nel 1996 il STF riconosce l'esistenza di "danni morali" risarcibili cagionati dallo smarrimento del bagaglio del passeggero in viaggio aereo all'estero,²¹⁵ avviando un nuovo percorso della giurisprudenza del tribunale. La motivazione della sentenza è molto chiara: lo smarrimento del bagaglio – accaduto durante tutto il periodo trascorso all'estero, poiché la riconsegna è successa soltanto dopo il rientro in Brasile - ha provocato all'attore sentimenti di disagio, imbarazzo e, addirittura, umiliazione, il che configura un tipo di turbamento psicologico tale da causare un "*dano moral*". E, secondo il STF, in

²¹³ *Súmula* nº 37 del STJ: São cumuláveis as indenizações por dano material e dano moral oriundos do mesmo fato.

²¹⁴ Il *Superior Tribunal de Justiça* (STJ) fu creato dalla Costituzione Federale brasiliana del 1988 (composizione e competenze regolate negli art. 104 e 105) e inaugurato nell'anno seguente, essendo, pertanto, una corte di attività recente in Brasile. È suo compito principale giudicare, in ultima istanza, tutti i casi relativi all'interpretazione e applicazione delle leggi federali oppure decidere i casi di divergenza di interpretazione dei tribunali di secondo grado (Tribunali Regionali Federali o i Tribunali degli Stati federati). Nella prima ipotesi, il STJ accoglie l'appello (detto *recurso especial*) quando un Tribunale inferiore ha negato l'applicazione di una legge federale, come, ad esempio il Codice Civile o il Codice Penale. Nella seconda ipotesi, il STJ ha il compito di uniformare le decisioni dei Tribunali inferiori, ossia, una volta constatata che l'interpretazione di una legge federale fatta da un Tribunale di secondo grado diverge dall'interpretazione di un altro Tribunale, il STJ può attuare per unificare l'interpretazione, in modo che la legge federale abbia la stessa interpretazione in tutto il paese. Ciononostante, alcune materie regolate da leggi federali non sono di competenza del STJ, poiché la Costituzione ha creato altri organi giudiziali specializzati. È il caso del diritto del lavoro che in Brasile è trattato da una legge speciale all'esterno del Codice Civile, per cui ogni litigio che riguarda i rapporti di lavoro è giudicato dalla Giustizia del Lavoro, il cui organo massimo è il *Tribunal Superior do Trabalho* (TST). Le leggi federali che trattano di materia elettorale sono giudicate dalla giustizia elettorale essendo il *Tribunal Superior Eleitoral* (TSE) l'ultima istanza. Lo stesso vale anche per le leggi militari, competenza della Giustizia Militare e del suo organo massimo il *Superior Tribunal Militar* (STM).

²¹⁵ Trattasi del *Recurso Extraordinário* n.172720 del 06/02/1996, con la seguente massima: "Indenização - *Dano Moral* - Extravio de mala em viagem aérea - Convenção de Varsóvia - Observação mitigada - Constituição Federal - Supremacia. O fato de a Convenção de Varsóvia revelar, como regra, a indenização tarifada por danos materiais não exclui a relativa aos danos morais. Configurados esses pelo sentimento de desconforto, de constrangimento, aborrecimento e humilhação decorrentes do extravio de mala, *cumpra observar a Carta Política da República - incisos V e X do artigo 5º*, no que se sobrepõe a tratados e convenções ratificados pelo Brasil." (BRASIL, Supremo Tribunal Federal, *Recurso Extraordinário* n.172720, Relator: Min. Marco Aurélio, segunda turma, julgado em 06/02/1996)

presenza dell'evidente violazione della norma costituzionale (art. 5°, commi V e X) è necessario l'indennizzo dei "danni morali" subiti dall'attore.²¹⁶

Quel che si deve rimarcare è che se durante gli anni settanta e ottanta il STF ha mantenuto la posizione di concedere l'indennizzo dei pregiudizi non patrimoniali soltanto in alcuni casi, mediante una interpretazione molto ristretta del Codice Civile del 1916, negli anni novanta, invece, cambia radicalmente posizione, conforme si percepisce dalla sentenza del 1996.

Simile mutamento, però, non è dovuto ad una evoluzione dell'interpretazione del Codice svolta dal proprio STF, all'opposto, poiché il tribunale ha dovuto, semplicemente, adattarsi alla nuova Costituzione: l'indennizzo dei danni non patrimoniali era, ormai, diventato diritto fondamentale, posizionato all'interno di uno degli articoli più importanti della Costituzione, l'articolo 5°. Il problema di tale "adattamento" non si trova nel dovere indennizzare i pregiudizi non patrimoniali, la questione era sapere come e in base a quali criteri. In altre parole, secondo il Ministro Marco Aurélio "(...) *que se comece a ser definido o alcance do preceito constitucional assegurador da reparação dos danos morais, bem como a abrangência do instituto.*"²¹⁷

In assenza di un chiaro concetto giurisprudenziale di cosa significa, o dovrebbe significare, l'espressione "*dano moral*", quello che si è verificato negli anni seguenti alla sentenza del STF del 1996 è usualmente definito dalla dottrina come "*indústria do dano moral*", conforme indicato da Bodin de Moraes.²¹⁸ Ossia, c'è stato in incremento vertiginoso del numero di azioni con lo scopo di indennizzare i danni non patrimoniali, conforme garantiva la Costituzione. Purtroppo, tale allargamento delle ipotesi di pregiudizi "moral" indennizzabili non comportò, come spiega Martins-Costa, ad un "*firme modelo jurisprudencial nem*

²¹⁶ Così il testo della decisione del Ministro relatore: "Quanto ao exame da ocorrência, ou não, do dano moral, ninguém coloca em dúvida as repercussões nefastas do extravio de bagagem em excursão, especialmente quando realizada fora do país. Os transtornos são imensos, ocasionando os mais diversos sentimentos para o viajante. No que concerne ao dano moral, há de se perquirir a humilhação e, conseqüentemente, o sentimento de desconforto provocado pelo ato, o que é irrefutável na espécie." (BRASIL, Supremo Tribunal Federal, Recurso Extraordinário n.172720, Relator: Min. Marco Aurélio, segunda turma, julgado em 06/02/1996).

²¹⁷ BRASIL, Supremo Tribunal Federal, Recurso Extraordinário n.172720, Relator: Min. Marco Aurélio, segunda turma, julgado em 06/02/1996, p. 05.

²¹⁸ BODIN DE MORAES, Maria Celina. A constitucionalização do direito civil e seus efeitos sobre a responsabilidade civil. In: *Direito, Estado e Sociedade*. vol. 29, jul-dez 2006. p. 241.

um modelo hermenêutico capazes de conferir alguma sistematização à contrubada matéria".²¹⁹

Il problema principale, accennato da Martins-Costa²²⁰ e anche da Bodin de Moraes,²²¹ è l'impreciso e tecnicamente erroneo meccanismo di identificazione del "*dano moral*" utilizzato dalla giurisprudenza di allora, il quale era basato sul concetto di danno morale diffuso dalla dottrina brasiliana durante tutto il Novecento.

Sinteticamente, quello che la dottrina comprendeva per "*dano moral*" in Brasile ha che fare con il concetto importato dalla dottrina straniera, francese e italiana, di inizio secolo XX, la quale identificava i pregiudizi morali con il sentimento di tristezza, dolore, vergogna o umiliazione. In questo senso, è molto comune trovare nei testi classici del diritto brasiliano sul danno non patrimoniale varie citazioni di René Savatier²²² e Alfredo Minozzi,²²³ i quali associano il danno morale alla sofferenza e al dolore subiti dalla vittima. Queste citazioni non vengono utilizzate come semplici esempi, o curiosità di diritto comparato, costituiscono il punto di partenza della costruzione dottrinarie brasiliana su cosa significherebbe il "*dano moral*".

Ed, infatti, la dottrina brasiliana associava (e in alcuni casi associa ancora) i danni non patrimoniali alla idea di dolore, di *pretium doloris* e, a sua volta, la giurisprudenza, ispirata da questa dottrina e in mancanza di altri criteri, applica ai casi concreti questo stesso concetto, legando all'indennizzo dei danni morali la

²¹⁹ In questo senso il prefazio di Martins-Costa all'opera di Sanseverino: MARTINS-COSTA, Judith. *Prefácio*. In: SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. *Indenização no Código Civil*. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 05-11.

²²⁰ MARTINS-COSTA, Judith. Os danos à pessoa no direito brasileiro e a natureza da sua reparação. In: *A Reconstrução do Direito Privado*. MARTINS-COSTA, Judith. (org.). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 421-422: "Mesmo após a Constituição, porém, poucos são os acórdãos que buscam no princípio da dignidade da pessoa humana a fonte para a criação de novos casos (...) Esta limitação, para além das razões metodológicas e sociológicas ligadas à formação da magistratura brasileira, pode ter por base também as dificuldades advindas da pré-compreensão da expressão "*dano moral*", que, conotando a ideia de dor ou de *pretium doloris*, em certos casos é impeditiva de uma apreensão mais integral do fenômeno (...)."

²²¹ BODIN DE MORAES, Maria Celina. A constitucionalização do direito civil e seus efeitos sobre a responsabilidade civil. In: *Direito, Estado e Sociedade*. vol. 29, jul-dez 2006. p. 242 e ss.

²²² SAVATIER, René. *Traité de la responsabilité civile en droit français*. Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1939.

²²³ MINOZZI, Alfredo. *Studio sul danno non patrimoniale (danno morale)*. 3.ed. Milano: Società Editrice Libreria, 1917.

necessità di configurarsi un sentimento di dolore o sofferenza psichica nella vittima.²²⁴

d) Quarta fase (2003-giorni attuali)

La legge n. 10.406 del 10 gennaio 2002, in vigore dall'11 gennaio 2003, istituisce il nuovo Codice Civile brasiliano (CC/2002) il quale marca l'inizio della quarta fase dell'indennizzo dei danni non patrimoniali, sempre secondo la divisione fatta da Sanseverino.²²⁵ La storia del progetto di legge che più tardi diventò l'attuale Codice e le sue principali caratteristiche sono già state precisate nel punto 1.1.1.

Nostro compito ora si indirizza ad esporre e discutere in che maniera l'attuale Codice Civile brasiliano tratta la responsabilità civile soggettiva per danni non patrimoniali (detti "*danos morais*" dal Codice stesso) e anche come la dottrina e la giurisprudenza nazionale hanno interpretato il nuovo sistema introdotto dal CC/2002, il quale ha compiuto dieci anni di vigenza nel gennaio 2013.

Il Codice Civile del 2002 ha mantenuto la divisione delle materie tra parte generale e parte speciale, conservando la divisione diventata ormai tradizionale per il diritto civile brasiliano. Per quanto riguarda la regolazione dell'illecito civile e del dovere di indennizzare (compreso il danno non patrimoniale), il CC/02 ha ugualmente conservato la soluzione adottata dal Codice anteriore: l'uso di una clausola generale di responsabilità civile accompagnata di altri articoli che enumerano (di forma non tassativa) le principali ipotesi di risarcimento dei danni patrimoniali e non patrimoniali.

La clausola generale di responsabilità civile extracontrattuale dell'attuale Codice è composta da un insieme di articoli, che letti congiuntamente regolano tanto la responsabilità civile soggettiva quanto quella oggettiva. Sono gli art. 186 e 187 – i quali definiscono l'atto illecito civile – che devono essere letti in congiunto con l'art. 927 *caput* – che stipula il dovere di indennizzare il danno cagionato da atto illecito. Il paragrafo unico dell'art. 927, per sua volta, tratta dell'ipotesi di

²²⁴ Come esempio riproduciamo una massima di sentenza in questo senso: "Recurso extraordinário. *Indenização por danos materiais e morais. Cumulação. Possibilidade. Inteligência do art. 5º, V da Constituição*, que preconiza apenas a existência de indenização por ofensa a moral das pessoas, não cuidando de suas eventuais causas. Precedentes do Tribunal. Agravo regimental desprovido." (BRASIL, Supremo Tribunal Federal, Recurso Extraordinário n.222878 AgR, Relatora: Min. Ellen Greice, primeira turma, julgado em 09/10/2001).

²²⁵ SANSEVERINO, Paulo de Tarso Viera. *Princípio da reparação integral. Indenização no Código Civil*. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 27.

responsabilità civile in assenza di condotta colposa (responsabilità oggettiva). Però, da una lettura più attenta si percepisce subito che il sistema di responsabilità civile dei danni non patrimoniali dell'attuale Codice possiede una differenza *sistematica (i)* e anche di *contenuto (ii)* rispetto al Codice del 1916.

Sistematicamente *(i)*, la propria struttura del Codice ci “parla”,²²⁶ e ci racconta un nuovo modello di illecito civile²²⁷ in cui gli art. 186 e 187 – letti insieme all'art. 927 - sviluppano un ruolo assai diverso dell'art.159 (CC/16).

Mentre l'art.159 forniva non solo il concetto di illecito civile ma anche determinava il dovere di indennizzare il danno cagionato da una condotta necessariamente colposa,²²⁸ nel Codice del 2002, gli articoli 186 e 187 si limitano a determinare cosa si intende per illecito civile (il quale può essere colposo o no), poiché, l'obbligo di indennizzare si trova regolato di forma indipendente in un articolo specifico nel Libro sul diritto delle obbligazioni, l'art. 927.

L'attualmente vigente art. 186 fornisce il concetto legale di illecito civile basato su una condotta colposa, mentre l'art. 187 determina che quando un diritto viene esercitato in maniera eccessiva rispetto al suo scopo economico e sociale o contrario alla buona fede e ai buoni costumi, configurasi anche illecito civile, escludendo la necessità di una condotta colposa per la configurazione dell'illecito.²²⁹ Dunque, il CC/2002 ha regolato due possibilità di atti illeciti: uno basato su una condotta colposa (art. 186) e l'altro basato sull'“*exercício inadmissível ou disfuncional de posições jurídicas*”, conforme andiamo a vedere a seguire.

A colpo d'occhio si percepisce che tramite questo cambiamento nel “*método de legislar*”²³⁰ del CC/2002, non solo ci troviamo con due concetti legali

²²⁶ L'espressione è di CACHAPUZ, Maria Cláudia. A ilicitude e as fontes obrigacionais: análise do art. 187 do Código Civil brasileiro. In: *Revista dos Tribunais 100 anos. Doutrinas Essenciais*. vol I. TEPEDINO, Gustavo; FACHIN, Luiz Edson (org.) São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 1278.

²²⁷ Martins-Costa riferisce che il CC/2002 ha istituito una vera “ricostruzione dell'idea di illecito” rispetto al regime del Codice precedente. MARTINS-COSTA, Judith. Os avatares do abuso do direito e o rumo indicado pela boa-fé. In: *Questões Controvertidas do Novo Código Civil*. vol VI. DELGADO, Mario. (org.). São Paulo: Método, 2006.

²²⁸ Art. 159 del CC/1916: “Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência, ou imprudência, violar direito, ou causar prejuízo a outrem, fica obrigado a reparar o dano”

²²⁹ Questa non è la posizione pacifica della dottrina brasiliana. Per molti autori l'art. 187 configura un tipo di illecito ugualmente basato sulla colpa, nonostante il testo dell'articolo non contenga nessun riferimento alla parola colpa, dolo, negligenza, ecc. Tale polemica dottrinarica verrà spiegata e dettagliata più avanti.

²³⁰ MARTINS-COSTA, Judith. Os avatares do abuso do direito e o rumo indicado pela boa-fé. In: *Questões Controvertidas do Novo Código Civil*. vol VI. DELGADO, Mario. (org.). São Paulo: Método, 2006.

espliciti su cosa configura illecito civile, come si verifica che l'obbligo di indennizzare si è separato dall'illecito, in sostanza: *“ganhou autonomia, sendo tratado em um Título próprio (art. 927 e ss.), distinto, na geografia do Código, do tratamento da ilicitude do negócio jurídico”*.²³¹

Allora, vediamo uno per volta questi articoli e la sua collocazione sistematica all'interno del nuovo Codice Civile. Gli art. 186 e 187 si trovano all'interno del Titolo III (*Dos atos ilícitos*), del Libro III (*Dos fatos jurídicos*) della Parte Generale, ossia, la materia che regolano si applica a tutti gli istituti della Parte Speciale: obbligazioni, diritto di impresa, diritti reali, diritto di famiglia e successioni.

Dalla lettura dell'art. 186, cogliamo piccole differenze di redazione rispetto alla clausola generale di responsabilità civile stabilita dall'art.159 del CC/1916:

Art. 186: Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imperícia, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.

Trattasi, dunque, di una riproduzione migliorata della regola dell'art. 159: l'espressione *“violare diritto ou causare pregiudizio”* è stata sostituita da una locuzione più precisa e tecnica: *“violare diritto e causare danno”*. Altro che il gioco di parole, quello che attira l'attenzione è l'asserzione finale dell'art. 186 *“comete atto illecito”* e anche l'abolizione del mandamento anteriore dell'art. 159: *“fica obrigado a reparar o dano”*. E infatti, l'obbligo di *“reparar o dano”* è stato spostato più avanti, all'art. 947 del Libro I sul diritto delle obbligazioni, conforme abbiamo menzionato sopra.

Dunque, l'art. 186 fornisce, più o meno come faceva l'art. 159, il concetto legale di illecito civile colposo, riproducendo gli stessi elementi necessari per configurarlo: la condotta (omissiva o commissiva) dolosa o colposa dell'agente che violi dei diritti e cagiona danno ad altrui. Infatti, conforme spiega Cachapuz, quanto all'art. 186 non si intravede un'innovazione di grande portata:

Analizando-se os arts. 186 e 187 do CC/2002, vislumbra-se que, em relação à disciplina do art. 186, não se permite visualizar maior inovação na estrutura normativa, *encontrando-se reprodução aprimorada da redação do art. 159 do CC/1916*. Tem-se que os elementos tradicionalmente caracterizadores da ilicitude civil – a ocorrência de uma violação a um dever jurídico, a imputabilidade deste dever a alguém, a ocorrência de um dano e o nexo de causalidade capaz de ligar este dano

²³¹ MARTINS-COSTA, Judith. Breves anotações acerca do conceito de ilicitude no novo Código Civil (estruturas e rupturas em torno do art. 187). In: *Migalhas*, 2003. acessibile in: <http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI1726,51045Breves+anotacoes+acerca+do+conceito+de+ilicitude+no+nCC>

a um fato atribuível a alguém -, aliados à previsibilidade de ocorrência do evento danoso permanecem em tônica no enunciado normativo, identificando *hipótese de ilicitude sem grande diferenciações ao que já se fazia conhecido na normatividade antes existente*.²³²

L'art. 187, invece, non ripete nessun altro articolo del Codice precedente, provvedendo un secondo concetto di atto illecito che ha che fare con l'esercizio inammissibile di posizioni giuridiche:

Art. 187: Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico e social, pela boa-fé ou pelos bons costumes.

Questo articolo è importantissimo dato che contiene una regola tutta nuova, inedita, sulla quale la dottrina civilista brasiliana ha appena iniziato a ragionare su.²³³ Non è nostro compito esporre di forma ampia la problematica instaurata da questo articolo, ci basta menzionare che il concetto di illecito determinato dall'art. 187 non si basa sull'elemento soggettivo relazionato alla condotta colposa dell'agente come lo fa, invece l'art. 186. Anzi, l'illecito civile lì descritto si configura tramite una situazione oggettivamente concreta, a prescindere di qualsiasi condotta (omissiva o commissiva) colposa che cagioni danni. Non si opera in base

²³² CACHAPUZ, Maria Cláudia. A ilicitude e as fontes obrigacionais: análise do art. 187 do Código Civil brasileiro. In: *Revista dos Tribunais 100 anos. Doutrinas Essenciais*. vol I. TEPEDINO, Gustavo; FACHIN, Luiz Edson (org.) São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 1278.

²³³ L'interpretazione su cosa significa il disposto nell'art. 187 suscita molta polemica tra i giuristi brasiliani e gli scritti sull'argomento sono ancora abbastanza recenti. Una corrente di pensiero afferma che l'art. 187 è lo sostituto migliorato dell'antico art. 160, comma I del CC/1916, che sarebbe stato la sede legale del divieto del "abuso del diritto", nella sua versione soggettiva, fondato su una condotta colposa. Martins-Costa e Cachapuz, a sua volta, affermano tutt'altro, che il nuovo art. 187 determina che, l'esercizio inammissibile di posizioni giuridiche, caratterizzi illecito civile indennizzabile secondo l'art. 927, oppure, tutelabile tramite ordine giudiziale inibitoria o che condanni il convenuto a fare qualcosa (*tutela mandamental*, in portoghese). Conforme Cachapuz, dunque: "Dispensa-se, portanto, a idéia do abuso de direito (...) na medida em que o art. 187 do CC/2002 passa a disciplinar sobre o desequilíbrio do exercício de posições jurídicas pela caracterização da conduta ilícita em si mesma. Confere-se, assim, força à construção da hipótese de ilicitude como causa originária de obrigação civil." CACHAPUZ, Maria Cláudia. A ilicitude e as fontes obrigacionais: análise do art. 187 do Código Civil brasileiro. In: *Revista dos Tribunais 100 anos. Doutrinas Essenciais*. vol I. TEPEDINO, Gustavo; FACHIN, Luiz Edson (org.) São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 1284.

Martins-Costa segue lo stesso ragionamento: "A estrutura fala e, no caso do exercício jurídico, o que nos diz é que o vigente art. 187 não é o antigo art. 160, I, contemporaneamente maquiado. Mais ainda, a estrutura hoje codificada mostra que a obrigação de indenizar ganhando autonomia e estando agora situada em título próprio, liberou a reconstrução do conceito de ilicitude por forma a abranger também a ilicitude derivada do exercício jurídico de que não resulte consequência indenizatória, mas outras formas de tutela, inclusive processuais, como as antes referidas "tutelas de remoção do ilícito" MARTINS-COSTA, Judith. Os avatares do abuso do direito e o rumo indicado pela boa-fé. In: *Questões Controvertidas do Novo Código Civil*. vol VI. DELGADO, Mario. (org.). São Paulo: Método, 2006.

alla nozione di “diritto soggettivo”, la categoria giusta in questo caso sarebbe quella delle “situazioni giuridiche soggettive” di natura esistenziali o patrimoniali.²³⁴

È stato voluto e consapevole l’uso di espressioni semanticamente vaghe come “scopo economico e sociale”, “buona fede” e “buoni costumi”, che sono sintomatici della necessità di un’analisi delle condizioni fatiche e giuridiche di queste “situazioni soggettive”, le quali devono essere verificate dal giudice soltanto mediante il caso concreto.²³⁵

Così, la corretta interpretazione dell’art. 187 (tenuto come una ipotesi di illecito non colposo) permette un straordinario allargamento del significato di illecito civile per il diritto brasiliano²³⁶. In ragione di tale scollamento tra illecito e condotta colposa, Martins-Costa afferma che l’art. 187 potrebbe essere applicato all’ipotesi di esercizio inammissibile di posizioni giuridiche nell’ambito dei rapporti familiari, dei rapporti tra azionisti di una società anonima, del diritto della concorrenza, dei diritti e interessi diffusi (pensiamo qui alle problematiche poste dalla tutela dell’ambiente, del consumatore e delle comunicazioni di massa) e anche dei diritti della personalità.

Oltre a tale allargamento di possibilità di illeciti, anche la tutela giuridica di queste ipotesi di illecito non bisogna necessariamente essere quella risarcitoria, come determinato dall’art. 927. La tutela può darsi in forma specifica, con una sentenza inibitoria, ad esempio, la quale è di grande utilità quando stiamo di fronte a lesioni ai diritti della personalità, superandosi il dogma secondo il quale tutto può essere compensato con la condanna al pagamento di una somma di denaro.²³⁷

²³⁴ MARTINS-COSTA, Judith. Breves anotações acerca do conceito de ilicitude no novo Código Civil (estruturas e rupturas em torno do art. 187). In: *Migalhas*, 2003. acessibile in: <http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI1726,51045Breves+anotacoes+acerca+do+conceito+de+ilicitude+no+nCC>

²³⁵ Ed infatti è così che diffende Cachapuz riguardo all’interpretazione dell’art. 187: “Um ato ilícito, no caso, não identificado a partir de um elemento subjetivo relacionado ao agente – a culpa –, mas configurado por uma situação objetiva e concreta, decorrente do exame da conduta humana a partir das condições fáticas e jurídicas impostas pela realidade do caso e tendentes à configuração de uma restrição à liberdade do homem.” CACHAPUZ, Maria Cláudia. A ilicitude e as fontes obrigacionais: análise do art. 187 do Código Civil brasileiro. In: *Revista dos Tribunais 100 anos. Doutrinas Essenciais*. vol I. TEPEDINO, Gustavo; FACHIN, Luiz Edson (org.) São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 1284.

²³⁶ MARTINS-COSTA, Judith. Culturalismo e experiência no Novo Código Civil. In: *Revista do Tribunal Regional Federal da 1ª Região*. vol. VI, 2006. p. 23.

²³⁷ In parole migliori: “Para atender com justiça uma sociedade como a nossa que é, fundamentalmente, “transversalizada”, fundada em assimetrias reais e que desperta para a necessidade de serem protegidos bens extrapatrimoniais da personalidade ou de interesse comunitário, transindividual - como a concorrência e o meio-ambiente -, foi preciso construir categorias que não se fundassem no dogma segundo o qual tudo pode ser compensado pela pecúnia. A percepção segundo a qual por vezes é mais importante prevenir ou eliminar o ilícito do

L'art. 927, a sua volta, si trova all'interno del Titolo IX (*da Responsabilidade Civil*) del Libro I (*do Direito das Obrigações*) e istituisce formalmente il dovere di indennizzare tutti i danni cagionati da atti illeciti conforme il concetto legale descritti dagli art. 186 e 187. Infatti, non poteva essere più chiara la redazione del *caput* dell'art. 927:²³⁸

Aquele que, por ato ilícito (art. 186 e 187) causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.

Strutturalmente, dunque, l'obbligo di indennizzare stabilito dall'art. 927 si è scollato dall'illecito civile il che rappresenta un'immensa differenza rispetto al sistema anteriore.²³⁹

Nell'ambiente del CC/1916 era automatica e anche scontata la connessione tra illecito e il dovere di risarcire il danno cagionato. Martins-Costa espone che la regola dell'159 permetteva che l'illecito civile fosse considerato come necessariamente collegato alla presenza di una condotta colposa, del danno e della conseguenza risarcitoria, essendo semplice condizione per la responsabilità civile: “*o conceito de ilicitude civil não valia 'por si', não tinha um campo operativo próprio, era mera condição da responsabilidade civil*”.²⁴⁰

Nel CC/2002, contrariamente, l'allocatione del dovere di indennizzare in un articolo autonomo (l'art. 927), separato dal concetto legale di atto illecito civile (art. 186 e 187) comunica, al lettore attento alla struttura del Codice, che non è ovvio o necessario il rapporto tra l'illecito e l'indennizzo, in altre parole: l'obbligo di indennizzare non è l'unica conseguenza possibile in presenza dell'illecito civile, nonostante costituisca la sua più normale e quotidiana conseguenza.²⁴¹

que reparar o dano (como no caso da tutela de busca e apreensão de produtos que evidenciam contrafação de marca comercial⁵⁶, ou a tutela preventiva em matéria ambiental) permitiu, pois, fosse reconstruída conceitualmente a categoria da ilicitude civil ensejando tutela processual contra os atos contrários ao direito – e não mais, necessariamente, os atos danosos.” MARTINS-COSTA, Judith. Os avatares do abuso do direito e o rumo indicado pela boa-fé. In: *Questões Controvertidas do Novo Código Civil*. vol VI. DELGADO, Mario. (org.). São Paulo: Método, 2006. (corsivo nostro)

²³⁸ Nonostante la permanenza della responsabilità civile soggettiva come fondamento principale di imputazione di un danno, il CC/2002 ha introdotto una clausola generale di responsabilità civile oggettiva, basata sull'attività che per natura sia rischiosa, conforme il testo del paragrafo unico dell'art. 927: “Parágrafo único: Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem.”

²³⁹ MARTINS-COSTA, Judith. Culturalismo e experiência no Novo Código Civil. In: *Revista do Tribunal Regional Federal da 1ª Região*. vol. VI, 2006. p. 23.

²⁴⁰ MARTINS-COSTA, Judith. Os avatares do abuso do direito e o rumo indicado pela boa-fé. In: *Questões Controvertidas do Novo Código Civil*. vol. VI. DELGADO, Mario. (org.). São Paulo: Método, 2006.

²⁴¹ MARTINS-COSTA, Judith. Culturalismo e experiência no Novo Código Civil. In: *Revista do Tribunal Regional Federal da 1ª Região*. vol. VI, 2006. p. 23.

Separare materialmente dentro il Codice l'atto illecito dall'obbligo di indennizzare simbolizza anche dar voce e prestigio legale alla "teoria del fatto giuridico" elaborata dal giurista brasiliano Pontes de Miranda,²⁴² la quale fu basata sulla stessa teoria primieramente costruita dalla Pandettistica. Pontes de Miranda con il suo prestigioso e noto *Tratado de Direito Privado*, ha introdotto in Brasile lo studio sistematico della teoria del fatto giuridico, adottando e perfezionando le categorie elaborate dalla dottrina tedesca sull'argomento.²⁴³ Riferiamo.

Secondo la teoria del fatto giuridico di Pontes de Miranda, di forma molto riassunta, il mondo giuridico può essere diviso in tre piani nei quali si svolge la vita dei fatti giuridici: piano dell'esistenza, della validità e dell'efficacia. L'attuale Codice prende in considerazione questi tre piani, separando in articoli diversi il piano dell'esistenza e il piano dell'efficacia in materia di responsabilità civile, poiché l'atto illecito si trova nel piano dell'esistenza e l'obbligo di indennizzare si trova nel piano dell'efficacia. Quindi, una volta verificati i presupposti fattici dell'atto illecito, conforme descritto dagli art. 186 e 187, l'atto illecito accede al piano dell'esistenza. Una volta esistente giuridicamente, l'atto illecito può accedere al piano dell'efficacia, producendosi, dunque, il suo effetto più comune: l'obbligo di indennizzare, conforme determinato dall'art. 927.

Visti ad uno ad uno gli articoli che compongono la clausola generale di responsabilità civile del Codice del 2002, non si può scordare che l'attuale Codice prevede alcune ipotesi specifiche di danni patrimoniali e non patrimoniali risarcibili, le quali non costituiscono un elenco tassativo, poiché il loro ruolo è assolutamente descrittivo.

In questo senso, si verifica che sono stati mantenuti, a luce del Codice precedente, le conseguenze risarcitorie di determinati tipi di danno alla persona e di pregiudizi patrimoniali. Così è solo a prima vista che il modello sembra di "aver

²⁴² La dottrina o teoria dei tre piani del fatto giuridico esposta da Pontes de Miranda trova sua principale fonte nel suo autorevolissimo *Tratado de Direito Privado*, un'opera divisa in sessanta volumi che copre l'intero universo del diritto privato brasiliano. Il primo volume fu pubblicato nel 1955 e l'ultimo nel 1970. Attualmente la casa editrice Revista dos Tribunais ha iniziato l'impresa di pubblicare una nuova edizione del *Tratado* aggiornata dai più esperti giuristi brasiliani. Comunque informiamo qui la riferimento del *Tratado* originale: PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de Direito Privado*. Borsoi: Rio de Janeiro, 1955-1970.

²⁴³ Questa è l'opinione di Marcos Bernardes de Mello, autore di importante opera che spiega e approfondisce la Teoria del fatto giuridico elaborata da Pontes de Miranda nel *Tratado de Direito Privado*. Secondo Mello: "Deve-se, porém, a Pontes de Miranda, a melhor conceituação do fato jurídico, porque, analisando os seus elementos estruturais essenciais, fixou-lhe o contorno de modo preciso e definitivo." MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico. Plano da existência*. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p.113.

subito l'influenza" del modello offerto da codice tedesco",²⁴⁴ giacché questa opzione sistematica deriva direttamente della tradizione del Codice anteriore. Non ci fu una rottura con il passato, anzi, molti articoli hanno quasi la stessa redazione dei primitivi, con alcuni cambiamenti e precisazioni necessari. Ad esempio, relativamente ai danni alla persona, il danno derivato da omicidio ora è disciplinato dall'art. 948,²⁴⁵ i danni originati da lesioni fisiche o danni alla salute dall'art. 949,²⁴⁶ i danni relativi alla ingiuria, calunnia e diffamazione sono trattati nell'art. 953,²⁴⁷ così come i danni provocati dall'offesa alla libertà personale (art. 954).²⁴⁸

Quanto riguarda al contenuto (ii), il Codice Civile del 2002 è esplicito nel riconoscere la risarcibilità di un tipo specifico di danno, del danno "anche se esclusivamente morale" conforme la lettera dell'art. 186. Ossia, il Codice ha regolato in maniera assolutamente espressa che anche il danno "morale" - inteso in questo caso come danno non patrimoniale nel senso più generico possibile – configura uno dei requisiti per l'esistenza dell'atto illecito risarcibile. Dunque, qualsiasi dubbio o incertezza sull'indennizzo dei danni non patrimoniali in ambito civile fu eliminato dall'art. 186, anche se la vera svolta in questo senso è avvenuta con la Costituzione Federale del 1988, conforme abbiamo dettagliato sopra.

Ancora riguardo al contenuto, il CC/02, di forma innovativa, dispone in capitolo specifico sulla tutela dei diritti della personalità. L'aggettivo "innovativa" si

²⁴⁴ IUDICA, Giovanni. Profili della responsabilità civile extracontrattuale secondo il nuovo Código Civil brasileiro. In: *Il Nuovo Codice Civile brasiliano*. CALDERALE, Alfredo (a cura di). Milano: Giuffrè, 2003. p. 303.

²⁴⁵ "Art. 948. No caso de homicídio, a indenização consiste, *sem excluir outras reparações*: I - no pagamento das despesas com o tratamento da vítima, seu funeral e o luto da família; II - na prestação de alimentos às pessoas a quem o morto os devia, levando-se em conta a duração provável da vida da vítima." Corsivi nostri. La locuzione "*sem excluir outras reparações*" non esisteva nel Codice precedente e fu introdotta giustamente per assicurare che i danni non patrimoniali cagionati dall'omicidio di una persona potessero essere risarciti ai famigliari, evitando il dibattito giuridico relativo della possibilità di compensazione o no di questi danni.

²⁴⁶ "Art. 949. No caso de lesão ou outra ofensa à saúde, o ofensor indenizará o ofendido das despesas do tratamento e dos lucros cessantes até ao fim da convalescença, *além de algum outro prejuízo que o ofendido prove haver sofrido*." Corsivi nostri.

²⁴⁷ "Art. 953. A indenização por injúria, difamação ou calúnia consistirá na reparação do dano que delas resulte ao ofendido. Parágrafo único. *Se o ofendido não puder provar prejuízo material*, caberá ao juiz fixar, equitativamente, o valor da indenização, na conformidade das circunstâncias do caso." L'espressione in corsivo permette al giudice indennizzare i pregiudizi non patrimoniali derivati dal danno cagionato da una ingiuria, calunnia o diffamazione, conforme le circostanze del caso.

²⁴⁸ "Art. 954. A indenização por ofensa à liberdade pessoal consistirá no pagamento das perdas e danos que sobrevierem ao ofendido, *e se este não puder provar prejuízo*, tem aplicação o disposto no parágrafo único do artigo antecedente. Parágrafo único. Consideram-se ofensivos da liberdade pessoal: I - o cárcere privado; II - a prisão por queixa ou denúncia falsa e de má-fé; III - a prisão ilegal." L'espressione in corsivo apre la possibilità di indennizzare i danni cagionati dalla offesa alla libertà personale anche quando non si può comprovare delle perdite economiche come i lucri cessanti.

riferisce al fatto che il Codice precedente ovviamente non si era occupato del tema, essendo una legge tipicamente Ottocentesca, nonostante sua entrata in vigore all'inizio del Novecento. L'ispirazione per "l'innovazione", chiaramente, viene dal Codice Civile italiano e dalla dottrina dei diritti della personalità sviluppata in Italia che è sbarcata in Brasile.²⁴⁹

L'effetto di tale influenza si fa sentire nel Capitolo II (*Dos direitos da personalidade*) del Libro I (*Das pessoas*) della Parte Generale del CC/2002 il quale elenca, in undici articoli, i diritti della personalità: il diritto al nome,²⁵⁰ alla integrità fisica,²⁵¹ all'immagine²⁵² e alla vita privata.²⁵³

²⁴⁹ Carlos Velloso racconta che il redattore della Parte Generale dell'attuale Codice (Ministro José Carlos Moreira Alves) ha deciso di includere nel suo progetto un capitolo sui diritti della personalità con base nel Progetto di Codice Civile elaborato in precedenza dal Prof. Orlando Gomes nel 1963, con alcuni miglioramenti. Si osserva, dunque, che i diritti della personalità e l'influenza della sua dottrina era già abbastanza consolidata tra i giuristi brasiliani, molti anni prima dell'entrata in vigore del CC/02. Vedere: VELLOSO, Carlos Mário da Silva. Os direitos da personalidade no Código Civil português e no novo Código Civil brasileiro. In: *Aspectos controvertidos do Novo Código Civil*. ALVIM, Arruda, et al. (org.). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 119 e ss. Vedere anche: GOMES, Orlando. Direitos de personalidade. In: *Revista Forense*. Comemorativa 100 anos. Tomo III – Direito Civil. SOUZA, Silvio Capanema de (org.). Rio de Janeiro: Forense, 2007. p.663-676. (contributo originalmente pubblicato nel 1946, vol. 216 della Revista Forense).

²⁵⁰ Il nome, in quanto diritto della personalità viene protetto dagli art. 16 a 19, conforme segue: "Art. 16. Toda pessoa tem direito ao nome, nele compreendidos o prenome e o sobrenome. Art. 17. O nome da pessoa não pode ser empregado por outrem em publicações ou representações que a exponham ao desprezo público, ainda quando não haja intenção difamatória. Art. 18. Sem autorização, não se pode usar o nome alheio em propaganda comercial. Art. 19. O pseudônimo adotado para atividades lícitas goza da proteção que se dá ao nome."

²⁵¹ Gli articoli che regolano il diritto all'integrità fisica (art. 13 a 15) hanno lo scopo di proteggere l'ambito fisico dei diritti della personalità, poiché hanno a che fare con il diritto alla vita e al proprio corpo e alle sue parti. In questo modo, viene vietato dall'art. 13 l'atto di disposizione del proprio corpo che risulti in una diminuzione permanente dell'integrità fisica o quando l'atto di disposizione sia contrario al buon costume. Si nota che l'art. 13 CC/2002, sembra molto con l'art. 5 del Codice Civile italiano, però l'articolo brasiliano aggiunge un'eccezione: si ammette la lesione alla integrità fisica quando essa derivata da una necessità medica, come, ad esempio, nei casi di trapianti di organi "Art. 13. Salvo por exigência médica, é defeso o ato de disposição do próprio corpo, quando importar diminuição permanente da integridade física, ou contrariar os bons costumes. Parágrafo único. O ato previsto neste artigo será admitido para fins de transplante, na forma estabelecida em lei especial." Un'altra eccezione al divieto di disposizione del proprio corpo è la regola dell'art 14 del CC/2002 che permette la disposizione gratuita dle proprio corpo per uso scientifico dopo la morte: "Art. 14. É válida, com objetivo científico, ou altruístico, a disposição gratuita do próprio corpo, no todo ou em parte, para depois da morte. Parágrafo único. O ato de disposição pode ser livremente revogado a qualquer tempo." L'art. 15 del CC/2002 stabilisce l'obbligo del consenso del paziente nel trattamento medico che possa causare rischio alla vita: "Art. 15. Ninguém pode ser constrangido a submeter-se, com risco de vida, a tratamento médico ou a intervenção cirúrgica."

²⁵² Così il testo dell'art.20 del CC/2002: "Art. 20. Salvo se autorizadas, ou se necessárias à administração da justiça ou à manutenção da ordem pública, a divulgação de escritos, a transmissão da palavra, ou a publicação, a exposição ou a utilização da imagem de uma pessoa poderão ser proibidas, a seu requerimento e sem prejuízo da indenização que couber, se lhe atingirem a honra, a boa fama ou a respeitabilidade, ou se se destinarem a fins comerciais. Parágrafo único. Em se tratando de morto ou de ausente, são partes legítimas para requerer essa proteção o cônjuge, os ascendentes ou os descendentes."

L'art. 12 del CC/2002 prevede espressamente le forme di tutela dei diritti della personalità: il danneggiato può chiedere al giudice che la minaccia o la lesione ai diritti sia interrotta immediatamente, potendo chiedere il pagamento dei danni patrimoniali (*perdas e danos*) cagionati, non escludendosi altre sanzioni previste dalla legge.²⁵⁴ Il paragrafo unico dell'art.12 determina che se il danneggiato è scomparso il coniuge, o qualsiasi altro parente in linea retta o collaterale fino al quarto grado, hanno legittimazione processuale per domandare la tutela indicata nel *caput*.

Essendo così recente l'introduzione espressa della tutela dei diritti della personalità nella legislazione civile brasiliana, sarebbe legittimo domandarsi se i diritti elencati corrispondono a delle ipotesi tassative di diritti della personalità o se costituiscono un catalogo esemplificativo, di cui la dottrina e i magistrati devono fidarsi per permettere l'ammissione di altri casi non espressi. Nonostante l'importanza capitale di questo dubbio è il proprio Miguel Reale, supervisore della commissione redattrice del CC/2002, che ci concede la risposta:

Todo um novo capítulo foi dedicado aos *direitos da personalidade*, visando à sua salvaguarda, sob múltiplos aspectos, desde a proteção dispensada ao nome e à imagem até o direito de se dispor do próprio corpo para fins científicos ou altruísticos. Tratando-se de matéria de per si complexa e de significação ética essencial, *foi preferido o enunciado de poucas normas* dotadas de rigor e clareza, cujos objetivos permitirão os naturais desenvolvimentos da doutrina e da jurisprudência.²⁵⁵

Dunque, non essendo per niente tassativi i diritti della personalità menzionati dal nuovo Codice, la prossima incertezza da mettere in chiaro è sapere cosa la dottrina brasiliana ritiene per "diritti della personalità" al di là delle definizioni del Codice. Sicuramente, affrontare tale argomento, che anche per la esperta dottrina italiana è abbastanza complesso, richiederebbe un lavoro di ricerca approfondito e molto puntato sulla problematica.

Siamo convinti, però, che la strada giusta da seguire è quella inaugurata, ancora negli anni 60 del Novecento, dalla coltissima cultura giuridica di Orlando

²⁵³ Così il testo dell'art.21: "Art. 21. A vida privada da pessoa natural é inviolável, e o juiz, a requerimento do interessado, adotará as providências necessárias para impedir ou fazer cessar ato contrário a esta norma."

²⁵⁴ Il testo dell'art. 12: "Pode-se exigir que cesse a ameaça ou a lesão, a direito de personalidade, e reclamar perdas e danos, sem prejuízo de outras sanções previstas m lei".

²⁵⁵ REALE, Miguel. Exposição de motivos do anteprojeto anotada. In: *História do Novo Código Civil*. REALE, Miguel (org.). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 86. (corsivi nostri)

Gomes, che in saggio del 1966,²⁵⁶ difende molto chiaramente che in ragione della difficoltà tecnica di formulare un concetto unitario dei diritti della personalità, sarebbe più interessante capirli relativamente ai suoi *oggetti*, cioè, concepirli e classificarli relativamente ai suoi corrispettivi *beni giuridici*, i beni giuridici della personalità.

Gomes, in questo prezioso articolo, raggiunge tale conclusione dopo aver esaminato autorevolissima dottrina straniera sull'argomento. Menziona gli studi di autori tedeschi come Kohler, Windscheid e Gierke, di autori italiani come Ferrara, Santamaria, De Cupis, Trabucchi e Messineo, di autori francesi come i fratelli Mazeaud, e autori spagnoli come De Castro e Díez Días.

Sua conclusione, non potrebbe essere più accertata: la teoria dei diritti della personalità può liberarsi delle incertezze dottrinarie soltanto se la sua costruzione si appoggia sulle regole fissate dal diritto positivo (come, ad esempio, il capitolo sui diritti della personalità del CC/2002), ma anche essendo consapevole della immensa diversità dei beni giuridici che possono essere ricondotti all'ambito della personalità umana, i quali vanno molto oltre i confini degli articoli elencati in un Codice, ad esempio. La definizione dei diritti della personalità richiede, dunque, l'allargamento della categoria giuridica di *bene*, per oltrepassare il collegamento tra *bene* giuridicamente tutelabile e sua carica esclusivamente patrimoniale.²⁵⁷

Conformemente a questo profilo, adottiamo la definizione di bene giuridico dell'autore portoghese Menezes Cordeiro:²⁵⁸

(...) apresentamos o bem como uma realidade capaz de satisfazer necessidades (sentido objectivo) ou apetências (sentido subjectivo) da

²⁵⁶ GOMES, Orlando. Direitos de personalidade. In: *Revista Forense*. Comemorativa 100 anos. Tomo III – Direito Civil. SOUZA, Silvio Capanema de (org.). Rio de Janeiro: Forense, 2007. p.663-676. (contributo originalmente pubblicato nel 1946, vol. 216 della Revista Forense).

²⁵⁷ GOMES, Orlando. Direitos de personalidade. In: *Revista Forense*. Comemorativa 100 anos. Tomo III – Direito Civil. SOUZA, Silvio Capanema de (org.). Rio de Janeiro: Forense, 2007. p.666. (contributo originalmente pubblicato nel 1946, vol. 216 della Revista Forense).

²⁵⁸ Va osservato che i concetti dottrinari relativi ai beni e diritti della personalità esposti da ora in poi corrispondono al lavoro di ricerca che ho svolto in anni precedenti e che attualmente si trova pubblicato in: MURARO BONATTO, Fernanda. A quantificação da indenização por dano extrapatrimonial: análise dos critérios jurisprudenciais na determinação do *quantum debeatur*. In: *Revista Direito & Justiça*, vol. 37, n.2, luglio-dicembre 2011. p. 136-154. Questo contributo alla rivista giuridica dell'Università Cattolica di Porto Alegre riflette la mia tesi di laurea in giurisprudenza discussa nel 2007 presso l'Universidade Federal do Rio Grande do Sul. In questo senso, mi permetto di riprodurre con alcune modifiche e tradotte in lingua italiana le mie conclusioni sull'argomento.

pessoa. Nesse sentido, a própria pessoa representa um 'bem': para si ou para outros.²⁵⁹

Menezes Cordeiro menziona ancora che i beni della personalità corrispondono, in sostanza, agli aspetti concreti di una persona, ossia, quelli effettivamente presenti e che siano suscettibili di essere approfittati dalla persona stessa.²⁶⁰ Sono i beni relativi alla singolarità e all'autodeterminazione personali, secondo Martins-Costa.²⁶¹

Cercando di determinarli in maniera più circoscritta, Menezes Cordeiro effettua una distinzione tra i diversi tipi di beni giuridici della personalità, che comprendono: l'essere umano in senso biologico (beni come la vita, l'integrità fisica, la salute, le necessità vitali pertinenti al sonno, al riposo e all'alimentazione), l'essere umano in senso morale (beni relativi alla integrità morale, all'identità, al nome, all'immagine e all'intimità) e l'essere umano in senso sociale (beni come la famiglia, il buon nome, la reputazione, ecc).²⁶²

Intendere l'essere umano secondo le sue prospettive biologiche, sociali e morali ci permettere di ricavare una caratteristica comune a tutti gli aspetti descritti: tutti loro hanno per "fondamento etico la personalità umana".²⁶³ Così, per arrivare ad un concetto più ampio dei beni della personalità aggiungiamo alla nozione esposta da Menezes Cordeiro, la lezione di Martins-Costa:

Os bens da personalidade são aqueles bens da vida que dizem com uma *proteção à pessoa enquanto tal* – valendo como pessoa – e nada mais. São, portanto, todos os bens que dizem com a *singularidade* de cada um, e com as condições de existência e de expressão dessa singularidade que constitui, existencial e juridicamente, a personalidade humana²⁶⁴

Pertanto, in base a questi profili, possiamo affermare che per la dottrina brasiliana in generale, i diritti della personalità vanno al di là della disciplina dettata

²⁵⁹ MENEZES CORDEIRO, António. *Tratado de Direito Civil Português: Parte Geral*. Tomo III. Coimbra: Almedina, 2004. p.77.

²⁶⁰ MENEZES CORDEIRO, António. *Tratado de Direito Civil Português: Parte Geral*. Tomo III. Coimbra: Almedina, 2004 p.78-79.

²⁶¹ Secondo Martins-Costa i beni della personalità "são os bens da singularidade e da autodeterminação, não são os bens do egoísmo" (*Pessoa, personalidade, dignidade. (ensaio de uma qualificação)*). 2003. Tese (livre-docência em Direito Civil) – Congregação da Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, 2003. p. 206).

²⁶² MENEZES CORDEIRO, António. *Tratado de Direito Civil Português: Parte Geral*. Tomo III. Coimbra: Almedina, 2004. p.78.

²⁶³ OLIVEIRA ASCENSÃO, José. Os direitos de personalidade no Código Civil brasileiro. In: *Revista Forense*, Rio de Janeiro, v. 342, p. 121-129, abr/jun. 1998. p. 126.

²⁶⁴ MARTINS-COSTA, Judith. *Pessoa, personalidade, dignidade. (ensaio de uma qualificação)*. 2003. Tese (livre-docência em Direito Civil) – Congregação da Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, 2003. p. 205.

da Codice, poiché sono quelli diritti che hanno per oggetto la tutela dei beni della personalità, i quali devono essere intesi relativamente alla singolarità di ogni persona, tenendo conto di quelli aspetti personali che rendono gli esseri umani “*de carne e osso, tão fundamentalmente desiguais em suas possibilidades, aptidões e necessidades quanto singulares em sua personalidade, em seu modo de ser ‘peculiar’*”.²⁶⁵

Allora, il dubbio è sapere se e in che misura le lesione ai beni della personalità, regolati o no dal CC/02, sono riconducibili ai danni non patrimoniali (danni morali) tutelati dall'art. 186 CC/02 e anche dalla Costituzione, art. 5°, commi V e X. I danni ai diritti (beni) della personalità, potrebbero essere considerati un soltanto un altro tipo di danno non patrimoniale oppure costituiscono un *tertium genus*, accanto ai danni patrimoniali e ai danni non patrimoniali (“moralì”)?

La dottrina brasiliana sul tema è ancora abbastanza frammentata. Conforme ci avvertiva Severo già negli anni 90 (quando non era ancora vigente il CC/2002 e i diritti della personalità non trovavano regolazione diretta dalla legge civile): “*A importância dos direitos de personalidade é tão acentuada que alguns autores tendem a considerá-los como elemento caracterizador de todos os danos extrapatrimoniais (ou morais)*”.²⁶⁶

In generale, però, si possono ricavare due posizioni distinte prese dalla dottrina sul rapporto tra i danni non patrimoniali e i diritti della personalità: (a) *che esiste una corrispondenza esatta tra danni non patrimoniali e offesa ai beni della personalità*, nel senso che tutti i danni non patrimoniali sono riconducibili all'esistenza di una lesione ai beni della personalità; (b) *che i danni ai beni della personalità costituiscono soltanto un tipo di danno non patrimoniale*, in tal modo che può esistere un danno non patrimoniale che non sia riconducibile alla sfera dei beni e diritti della personalità.

Netto Lôbo, segue la prima corrente di pensiero (a). Secondo l'autore l'interazione tra danni non patrimoniali e diritti della personalità è così stretta che non si possono concepire altre ipotesi di danni non patrimoniali fuori dalla violazione dei diritti della personalità, giacché, secondo lui “*fora dos direitos de*

²⁶⁵ MARTINS-COSTA, Judith. Os direitos fundamentais e a opção culturalista do novo Código Civil. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado*. 2. ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. p. 63-87. p.71.

²⁶⁶ SEVERO, Sérgio. *Os Danos Extrapatrimoniais*. São Paulo: Saraiva, 1996. p.122.

personalidade são apenas cogitáveis os danos materiais".²⁶⁷ Ugualmente, Araken de Assis, sembra di difendere questo punto di vista, affermando che il danno non patrimoniale (morale) accade quando l'atto illecito colpisce beni relazionati alla personalità umana.²⁶⁸

Si percepisce, però, da quanto difendano questi autori che il loro punto di vista può essere molto limitante in quanto concepisce un'interdipendenza assoluta tra danni non patrimoniali e diritti della personalità. Per questo motivo è che esponiamo e anche sosteniamo la corrente di pensiero (b) la quale non trova una correlazione totale tra danni non patrimoniali e lesioni di diritti della personalità.

In questa linea di ragionamento sottolineiamo il posizionamento di Carlos Bittar, poiché, anche se l'autore concepisca il danno non patrimoniale come quello che viola la personalità, avverte che "*nem todo atentado a direitos da personalidade em geral é apto a gerar dano de cunho moral*"²⁶⁹ perché, secondo l'autore, è del tutto possibile che alcuni tipi di danni ai beni della personalità siano in grado di produrre anche degli effetti nell'ambito patrimoniale.²⁷⁰

Inoltre, anche Noronha non è d'accordo con una visione che restringa i danni non patrimoniali alla lesione dei diritti della personalità, poiché sono possibili anche i danni ai rapporti giuridici nell'ambito familiare: "*os danos à pessoa traduzem-se normalmente na violação dos direitos da personalidade, mas podem ter outras origens, como ofensas a situações jurídicas familiares*".²⁷¹ Allo stesso modo ritiene Bodin de Moraes: "*o dano moral não pode ser reduzido à lesão a um direito de personalidade (...)*".²⁷²

Couto e Silva, ammette, a sua volta, che la responsabilità per danno non patrimoniale può essere la conseguenza della lesione ai diritti di personalità e anche della violazione di altri diritti o interessi.²⁷³ E quali sarebbero quest'altri diritti

²⁶⁷ LOBO, Paulo Luiz Netto. Danos morais e direitos da personalidade. In: LEITE, Eduardo de Oliveira (org.). *Grandes Temas da Atualidade: Dano Moral*. Rio de Janeiro: Forense, 2002. p. 364.

²⁶⁸ ASSIS, Araken de. Liquidação do Dano. In: *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v.88, n.759, p.11- 23, jan. 1999. p.13.

²⁶⁹ BITTAR, Carlos Alberto. *Reparação civil dos danos morais*. 3. ed. rev., atualz. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p.61.

²⁷⁰ La stessa linea di pensiero è seguita da Fernando Noronha, secondo il quale la violazione dei diritti della personalità può provocare non solo dei danni non patrimoniali ma anche patrimoniali. Vedere: NORONHA, Fernando. *Direito das obrigações*. vol 1. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 444.

²⁷¹ NORONHA, Fernando. *Direito das obrigações*. vol 1. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 558.

²⁷² BODIN DE MORAES, Maria Celina. *Danos à pessoa humana: Uma leitura civil-constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p.183.

²⁷³ COUTO E SILVA, Clóvis Veríssimo do. O conceito de dano no direito brasileiro e comparado. In: *Revista dos Tribunais – 100 anos. Doutrinas Essenciais. Obrigações e Contratos*. vol. II.

e interessi tutelabili dal diritto ma che non riguardano aspetti della personalità? Dalla classificazione proposta da Martins-Costa, ne possiamo fare una idea: l'autrice riferisce che, a sua avviso, il danno non patrimoniale comprende tre grandi aree: il danno alla sfera esistenziale della persona (pregiudizi agli interessi e beni relativi ai diritti della personalità), il danno alla sfera della socialità (interessi non patrimoniali diffusi, come il diritto ad un ambiente ecologicamente sano) e il danno all'onore soggettivo della persona giuridica.²⁷⁴

Infatti, conforme visto finora, verificasi che la dottrina brasiliana abbia maggioritariamente considerato che i danni ai beni della personalità costituiscono soltanto uno dei tipi di danni non patrimoniali possibili e non un *tertium genus*, nonostante la voce “danni ai diritti di personalità” abbia la sua indipendenza concettuale rispetto ad altri tipi di danni non patrimoniali.²⁷⁵

In questo senso, si verifica che, tenendo conto dell'evoluzione storica, finora esposta, del sistema di responsabilità civile per danni non patrimoniali in Brasile, possiamo adottare la posizione di Martins-Costa, Severo, Sanseverino. Ovvero, in termini generali, per il diritto civile brasiliano, si dovrebbe smettere di usare l'espressione “*dano moral*” come sinonimo di “*dano não patrimonial*”, dato che sarebbe molto più preciso e concettualmente più corretto usare l'espressione “danni non patrimoniali” intesa categoria generica in cui sono compresi diversi sub specie di danni, come i danni ai beni della personalità, i danni morali in senso stretto (che ledono l'onore e la reputazione) e i danni non patrimoniali transindividuali. E precisamente così definisce Martins-Costa:

Seria alcançada, assim, a reunião numa mesma etiqueta – dano extrapatrimonial – das duas definições mais correntes na doutrina: a que identifica a área não-patrimonial com os prejuízos de caráter moral; e a que constrói tal definição em termos residuais, reconduzindo à categoria a heterogeneidade dos danos, quaisquer que sejam, não configuráveis em termos patrimoniais.²⁷⁶

Dunque, concludendo la questione iniziale del nuovo contenuto (ii) del CC/2002 per quanto riguarda i danni non patrimoniali, la nostra conclusione è che

TEPEDINO, Gustavo; FACHIN, Luiz Edson (org.). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 1112.

²⁷⁴ MARTINS-COSTA, Judith. *Comentários ao Novo Código Civil – Do Inadimplemento das Obrigações*. 2. ed. vol. V. tomo II. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

²⁷⁵ MARTINS-COSTA, Judith. Os danos à pessoa no direito brasileiro e a natureza da sua reparação. In: *A Reconstrução do Direito Privado*. MARTINS-COSTA, Judith. (org.). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 426.

²⁷⁶ MARTINS-COSTA, Judith. *Comentários ao Novo Código Civil – Do Inadimplemento das Obrigações*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, em vias de publicação.

la esplicita accoglienza dei danni “anche se esclusivamente morali” all’interno dell’art. 186 sommata al nuovo capitolo sui danni della personalità (art. 11 a 21), configurano la contropartita del diritto civile brasiliano alle regole costituzionali che proteggono la dignità della persona umana, la quale costituisce uno dei fondamenti della Repubblica Federativa del Brasile, conforme l’art.1°, comma III della Costituzione Federale del 1988.

L’attuale stato legislativo in Brasile per quanto concerne i danni non patrimoniali deriva dall’articolazione delle regole costituzionali e del Codice Civile con il proposito principale di tutelare la dignità della persona, considerata nella sua personalità singolare. La necessaria implicazione tra principi costituzionali e regole di diritto civile, sono, ormai, più che un’ipotesi teorica o dottrina, costituiscono una realtà tangibile e abbastanza evidente, conforme Martins-Costa:

É indiscutível que a atual ênfase na esfera de valores existenciais da pessoa deve-se, entre outros fatores, à compreensão do papel desempenhado pelos princípios constitucionais no direito civil, à medida que estes, para além de constituírem normas jurídicas atenuantes nas relações de direito público, têm incidência especial em todo o ordenamento e, nesta perspectiva, também no direito civil, disciplina das relações jurídicas travadas entre os particulares entre si.²⁷⁷

Ed è attraverso questo principio di dignità, di enfasi sull’essere umano, stabilito dalla Costituzione democratica del 1988 e che permea tutto l’ordinamento giuridico brasiliano, che la nozione di danno non patrimoniale è stata estesa per includere la tutela dei beni della personalità. In effetti, il nucleo dei danni non patrimoniali si trova nel danno ai beni della personalità, conforme abbiamo abordato sopra.

Quindi, superato il dogma della riparabilità dei danni non patrimoniali fronte il suo espresso riconoscimento costituzionale, e più di recente nel Codice Civile

²⁷⁷ MARTINS-COSTA, Judith. Os danos à pessoa no direito brasileiro e a natureza da sua reparação. In: *A Resconstrução do Direito Privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 415. In effetti, l’accento sulla protezione giuridica della dignità umana non è nuovo. Kant, attraverso l’imperativo categorico, già riconosceva che la persona umana deve essere trattata come un fine in se stesso e mai come un mezzo, il che afferma la dignità degli esseri umani come persone. L’imperativo categorico di Kant, guidato dal valore di base, universale e incondizionato della dignità umana è, quindi, una categoria fondamentalmente moderna, essendo la base del “personalismo etico” indicato nel Novecento da Karl Larenz come asse del diritto privato. Secondo la lezione di Karl Larenz: “El personalismo ético atribuye al hombre, precisamente porque es ‘persona’ en sentido ético, un valor en sí mismo – no simplemente como medio para los fines de otros – y en este sentido, una ‘dignidad’. De ello se sigue que todo ser humano tiene frente a cualquier otro el derecho a ser respetado por él como persona, a no ser perjudicado en su existencia (la vida, el cuerpo, la salud) y en ámbito propio del mismo y que cada individuo está obligado frente a cualquier otro de modo análogo.” (Derecho Civil: Parte General. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1978. trad. Izquierdo y Macías-Picaeva. p. 45-46.

del 2002, e allargato il concetto dei danni non patrimoniali come quello che colpisce anche, ma non solo, i diritti della personalità, riprenderemo lo studio del diritto brasiliano nel Capitolo II per analizzare i recentissimi sviluppi della dottrina e giurisprudenza relativamente ad una specie “nuova” di danni non patrimoniali: i danni esistenziali.

1.2 Il sistema giuridico italiano

In questa seconda parte del Capitolo I procederemo l'analisi del sistema giuridico italiano relativamente alle vicende storiche del suo diritto privato (1.2.1) per poi andare ad esaminare il suo sistema di risarcimento dei pregiudizi non patrimoniali che è centrato su una "norma di chiusura" del Codice Civile che è stata oggetto di diverse interpretazioni dalla dottrina e giurisprudenza, soprattutto relativamente al suo rapporto con i principi costituzionali di diritto alla salute. (1.2.2).

1.2.1 Cenni sulla storia del diritto privato italiano

I cenni storici del diritto privato italiano che affronteremo ora sono quelli compresi tra la prima codificazione civile del 1865 fino ai giorni attuali. Sebbene si tratti di uno studio limitato nel tempo, tracciare la storia del diritto privato italiano non è certo un compito facile poiché, secondo Alpa, "la storia del diritto civile italiano non si presenta in modo lineare dal punto di vista dei confini della materia, dal punto di vista delle scansioni temporali, e neppure dal punto di vista del metodo."²⁷⁸

La mancanza di linearità quanto ai confini della materia privatistica si evidenzia, ancora secondo Alpa²⁷⁹, nella divisione tra il diritto civile e commerciale - ognuno con il suo rispettivo codice - che esisteva dalla codificazione italiana dell'Ottocento fino al Codice Civile del 1942, giacché, quest'ultimo ha unificato le materie dentro di un unico testo legale che è ancora in vigore. Per di più, l'autore apponta l'incidenza del diritto comunitario, ora europeo, nell'ordinamento interno civile italiano e l'esistenza di implicazioni costituzionali in materia civilistica come altri due fattori che contribuiscono alla difficoltà di disegnare con chiarezza i suoi confini.

Quanto alle scansioni temporali, l'autore riferisce²⁸⁰ che, nonostante la dottrina abbia segnalato due marchi temporali importanti per la storia del diritto

²⁷⁸ ALPA, Guido. *La cultura delle regole. Storia del diritto civile italiano*. Roma: Laterza, 2000. Introduzione p.IX.

²⁷⁹ ALPA, Guido. *La cultura delle regole. Storia del diritto civile italiano*. Roma: Laterza, 2000. Introduzione p.X.

²⁸⁰ ALPA, Guido. *La cultura delle regole. Storia del diritto civile italiano*. Roma: Laterza, 2000. Introduzione p.XI

civile in Italia – il 1865 e il 1942 – non si può fare a meno del fatto che la codificazione del 1865 rappresenta nient'altro che il risultato dell'influenza del *Code Civil* napoleonico del 1804, delle codificazioni degli Stati preunitari e anche della dottrina giuridica illuminista elaborata nel Settecento. Ovvero, il contenuto del Codice Civile del 1865 racchiude almeno due secoli di lavori e sviluppi dottrinali precedenti che non possono essere trascurati se vogliamo veramente capire la sua importanza.

Per questo motivo il periodo immediatamente anteriore al primo Codice Civile italiano del 1865, che inizia con l'invasione napoleonica nel 1796, sarà pure esaminato da noi, anche se in maniera breve, a causa dell'importantissima influenza del Codice Civile francese del 1804 nella dottrina e legislazione pre e post-unitaria italiana.

Quanto al metodo, Alpa indica che il diritto civile italiano è stato oggetto di studio non solo dei civilisti, ma anche degli storici del diritto, dei filosofi del diritto e dei comparatisti e tutte queste discipline hanno contribuito al diritto civile con i suoi propri metodi di ricerca.²⁸¹

Nonostante l'allerta di Alpa quanto alla mancanza di linearità delle consuete scansioni temporali della dottrina, lo stesso autore afferma che la storia del diritto privato italiano si identifica soprattutto con la storia delle codificazioni.²⁸² Pertanto, seguendo il giudizio di Alpa, gli anni 1865 e 1942 ci serviranno come i due principali cippi di confine dell'evoluzione del diritto civile italiano, al meno per portare avanti il compito di spiegare in poche parole lo svolgimento della scienza giusprivatistica in Italia.

Al di là della storia della codificazione civile in Italia e delle sue rispettive date chiave, bisogna anche osservare che la scienza giuridica italiana possiede due fondamenti: la giusnaturalistica di ascendenza francese e quella di ascendenza germanica della cosiddetta scuola storica di Savigny. Queste due influenze sono spiegate nel dettaglio da Paolo Grossi in sua opera *Scienza Giuridica Italiana – Un profilo storico 1860-1950*.²⁸³ Tale opera, accanto a quella di

²⁸¹ ALPA, Guido. *La cultura delle regole. Storia del diritto civile italiano*. Roma: Laterza, 2000. Introduzione p.XI.

²⁸² ALPA, Guido. *La cultura delle regole. Storia del diritto civile italiano*. Roma: Laterza, 2000. Introduzione p.XIII.

²⁸³ GROSSI, Paolo. *Scienza giuridica italiana. Un profilo storico 1860-1950*. Milano: Giuffrè, 2000.

Alpa²⁸⁴ ci servirà di filo rosso nel tracciare la storia del diritto civile italiano nel corso dell'Ottocento e del Novecento.

Una volta fatte queste considerazioni, si può iniziare. E inizieremmo, come avvertito sopra, dal periodo di dominazione francese in Italia, giacché, secondo Cazzetta, il riferimento alla legislazione francese è il punto di partenza pressoché obbligatorio per una ricostruzione delle vicende ottocentesche del diritto civile in Italia.²⁸⁵

L'anno di 1796 marca, dunque, l'inizio della dominazione francese sull'Italia con l'entrata di Napoleone Bonaparte a Milano, rimanendo libere dell'occupazione soltanto le isole di Sicilia e Sardegna, le quali sono rimaste sotto il dominio delle dinastie borbonica e sabauda rispettivamente.

Alcuni territori italiani furono messi sotto il controllo diretto dell'Impero francese (il Piemonte, la Toscana e lo Stato Pontificio) altri, invece, restarono apparentemente indipendenti come il Regno di Napoli²⁸⁶ e il Regno d'Italia,²⁸⁷ nonostante si sappia che di fatto questi regni erano soggetti al potere militare e politico di Napoleone.

Contemporaneamente al dominio politico e militare dei francesi c'è stato, ovviamente, anche il dominio giuridico: nel 1805 il Terzo Statuto costituzionale di Napoleone determinò che il recentissimo *Code Civil* francese sarebbe tradotto in italiano e messo in vigore in tutto il Regno d'Italia. Nel Regno di Napoli il Codice Civile francese entra in vigore l'1 gennaio 1809, anche qui dopo la sua traduzione

²⁸⁴ ALPA, Guido. *La cultura delle regole. Storia del diritto civile italiano*. Roma: Laterza, 2000.

²⁸⁵ CAZZETTA, Giovanni. *Codice Civile e identità giuridica nazionale. Percorsi e appunti per una storia delle codificazioni moderne*. Torino: G. Giappichelli Editore, 2011. p. 01.

²⁸⁶ Secondo il riassunto di DEL GIUDICE, Pasquale. *Storia del diritto italiano*. vol. II. Firenze: Gozzini, 1969 (ristampa dell'edizione milanese del 1923). p. 170. ss.: A Napoli l'invasione francese portò alla caduta repentina dell'antico regime rappresentata dal re Ferdinando IV (dinastia borbonica), poiché un governo provvisorio fu costituito nel gennaio 1799 e fu proclamata la Repubblica Partenopea. Subito dopo, nel giugno 1799, il re Ferdinando IV ritorna a Napoli e restaura il suo regime monarchico, avviando la persecuzione di tutti i partigiani e degli aderenti alle idee della rivoluzione. Questa reazione del re Ferdinando IV provocò la "vendetta" napoleonica: il Regno di Napoli fu occupato dalle truppe francesi comandate dal fratello di Napoleone, Giuseppe Bonaparte, il quale fu nominato re di Napoli. A Giuseppe Bonaparte, nel 1808, succedette Gioacchino Murat, anche lui incoronato da Napoleone.

²⁸⁷ Il termine "Regno d'Italia" designa l'ultimo degli stati esistenti durante il periodo di occupazione francese in Italia (1796-1814). È stato preceduto dalla Repubblica Cispadana (1796-1797), poi incorporata nella Repubblica Cisalpina (dal 1797 al 1802). Nel 1802 i deputati della Repubblica Cisalpina proclamarono la trasformazione di questa in Repubblica Italiana, con presidente Napoleone Bonaparte. Nel 1804, Napoleone fu incoronato ad Imperatore dei francesi e successivamente incoronato a Re d'Italia. Così, la precedente Repubblica Italiana cessò di esistere per diventare Regno d'Italia, il quale esisterà dal 1805 al 1814.

in lingua italiana. Iniziarsi così il breve, però notevole nelle sue conseguenze, periodo di vigenza della legislazione civile francese in Italia.²⁸⁸

L'effetto immediato dell'entrata in vigore del codice napoleonico fu l'abrogazione di tutte le norme civili vigenti in Italia, non importando il suo ruolo, grado di tradizione e posizione nella vigente gerarchia delle fonti del diritto. Ci spiega Ghisalberti che l'art. 3 del Decreto Imperiale del 16 gennaio 1806, emanato in applicazione al Terzo Statuto costituzionale, riferisce espressamente che tutte le leggi romane, le ordinanze, le consuetudini generali e locali e altri statuti e regolamenti che avessero per oggetto le disposizioni contenute nel *Code Civil* cesserebbero di aver forza di legge.²⁸⁹ Ossia, il diritto comune vigente in Italia nel settecento,²⁹⁰ in tutte le sue forme, cessò di esistere da un giorno all'altro ed è stato sostituito da un Codice - dal primo codice della cosiddetta "età del Codice"²⁹¹ - da un codice straniero, imposto dai francesi.

Questo fatto rappresenta un'immensa rottura con il passato, con la tradizione giuridica italiana del diritto comune, il quale non rappresentava soltanto la tradizione giuridica della penisola italiana, ma anche di altri stati dell'Europa continentale. Così, al posto del vecchio e caotico pluralismo giuridico caratteristico dell'antico regime spunta il monismo giuridico, il Codice come unica fonte del

²⁸⁸ DEL GIUDICE, Pasquale. *Storia del diritto italiano*. vol. II. Firenze: Gozzini, 1969. p. 145. ss. Non possiamo dimenticare di riferire che prima che il *Code Civil* fosse esteso alla penisola italiana, durante il triennio giacobino (1796-1799) alcuni Stati italiani hanno prodotto una legislazione civile che non ha lasciato rilevanti tracce per l'evoluzione del diritto civile italiano, ben diverso, però, è stato il ruolo giocato dal *Code Civil* in territorio italiano: "Il Codice Napoleone svolge, infatti, una funzione di assoluta centralità come modello per tutte le codificazioni civilistiche realizzate in Italia a partire dell'età della Restaurazione e come strumento di rinnovamento e di unificazione della dottrina e della giurisprudenza." DEZZA, Ettore. *Lezioni di storia della codificazione civile*. 2. ed. Torino: G. Giappichelli, 2000. p.93.

²⁸⁹ GHISALBERTI, Carlo. *Unità nazionale e unificazione giuridica in Italia. La codificazione del diritto nel Risorgimento*. Bari: Laterza, 1979. p.147 e 183.

²⁹⁰ Bisogna fare un cenno, anche se molto breve, su cos'era il diritto comune vigente in Italia nel settecento. Secondo GHISALBERTI, Carlo. *Unità nazionale e unificazione giuridica in Italia. La codificazione del diritto nel Risorgimento*. Bari: Laterza, 1979. p.03: "Agli inizi del Settecento nei diversi Stati della penisola italiana la vita giuridica della popolazione si svolgeva ancora sulla base di una tradizione normativa antica. Questa tradizione che derivava dal particolarismo politico ed istituzionale del basso medioevo, aveva il suo fulcro e la sua ragion d'essere nel sistema del diritto comune, imperniato su quel diritto romano che aveva costituito dal secolo XII in poi l'elemento caratterizzante della disciplina dei rapporti civili. Il sistema del diritto comune appariva (...) estremamente complesso, in quanto fondato su una pluralità di fonti normative tra loro apparentemente concorrenti ma essenzialmente coordinate in una gerarchia di norme talune delle quali prevalenti sulle altre". Per altre informazioni sul diritto comune vedere le opere: GROSSI, Paolo. *L'ordine giuridico medievale*. Bari: Laterza, 2006.; GROSSI, Paolo. *L'Europa del diritto*. Bari: Laterza, 2009.; WESENBERG, Gerhard. WESENER, Gunter. *Storia del diritto privato in Europa*. Traduzione di Paolo Cappellini e Maria Cristina Dalbosco. Padova: CEDAM, 1999.

²⁹¹ GROSSI, Paolo. *L'Europa del diritto*. Bari: Laterza, 2009. p. 135.

diritto perché emanata dallo Stato, derivato dal suo potere esclusivo di dire la legge e il diritto.²⁹²

Ma quello che occorre aver ben presente ora è che questa rottura con la tradizione giuridica precedente non è al cuore del “messaggio giuridico della rivoluzione francese”.²⁹³ Inizialmente in Francia, e subito dopo in Italia, il *Code Civil* ha fatto *tabula rasa* della precedente complessità giuridica, poiché esso

(...) presuppone due rivoluzioni, quella culturale del giusnaturalismo/illuminismo e quella fattuale del sessennio 1789-1795, e segnala due novità essenziali: un nuovo modo di intendere il rapporto fra potere politico e diritto, e, conseguentemente, un nuovo modo di concepire e concretizzare la produzione del diritto.²⁹⁴

Dunque, in maniera molto semplice e schematica il fenomeno decorrente del giusnaturalismo e dell'illuminismo che si osserva alla fine del Settecento e inizio dell'Ottocento in Francia (e anche in Italia) è la sostituzione dell'assetto giuridico finora vigente - diritto comune - a un nuovo ordine giuridico focalizzato sul Codice. Se in precedenza l'ordine giuridico si caratterizzava di una robusta pluralità delle fonti, della percezione del diritto come fattualità, dell'importanza primordiale della consuetudine, la cui interpretazione e determinazione spettavano ai giuristi, soprattutto agli scienziati delle nascenti università europee, l'elaborazione del *Code Civil* sovverte quest'ordine.

La legge generale e astratta, in formato di Codice,²⁹⁵ passa a essere l'unica fonte del diritto e l'unico agente legittimato a formulare la legge, ergo il diritto, è lo Stato. Si migra da un sistema giuridico pluralista e non statale a un sistema monista e statale.²⁹⁶ Appunto,

²⁹² GROSSI, Paolo. *L'Europa del diritto*. Bari: Laterza, 2009. p. 112.

²⁹³ GROSSI, Paolo. *L'Europa del diritto*. Bari: Laterza, 2009. p. 129. Tuttavia, secondo Guido Alpa (ALPA, Guido. *La cultura delle regole. Storia del diritto civile italiano*. Roma: Laterza, 2000. p.52) benché l'introduzione del codice civile francese abbia rappresentato l'atto politico e giuridico di rottura con l'*Ancien Régime*, reca con sé le stigmate dell'Illuminismo ma non rappresenta con fedeltà gli ideali rivoluzionari perché è frutto dell'ascesa al potere di Napoleone come Imperatore dei francesi, corrispondendo esse alle esigenze della classe borghese.

²⁹⁴ GROSSI, Paolo. *L'Europa del diritto*. Bari: Laterza, 2009. p. 136.

²⁹⁵ GHISALBERTI, Carlo. *Unità nazionale e unificazione giuridica in Italia. La codificazione del diritto nel Risorgimento*. Bari: Laterza, 1979. p.111: “L'astrattismo rivoluzionario, non disgiunto da una certa dose di demagogia, aveva generato, forse più negli esponenti della classe politica che nei giuristi, il convincimento che le leggi potessero essere ridotte all'enunciazione pura e semplice dei postulati razionalistici e giusnaturalistici e che, di conseguenza, un Codice civile, fondato sulla ragione e sulla natura, potesse contenere solo poche norme di comportamento individuale e collettivo. Era stato questo il motivo del susseguirsi dei vari progetti di sistemazione codicistica del diritto privato tendenti tutti, in maniera diversa, alla realizzazione di tali premesse derivanti dalla stessa filosofia ispiratrice della Rivoluzione.”

²⁹⁶ GROSSI, Paolo. *L'Europa del diritto*. Bari: Laterza, 2009. passim.

Con l'entrata in vigore nella penisola del 'Codice straniero' l'uniformità legislativa assunse infatti un significato concreto e fu risolta la tormentata questione del rapporto tra il nuovo diritto e il passato. Il Codice (...) faceva cessare di esistere tutto il diritto preesistente, imponendo il monopolio dello Stato legislatore sulle fonti del diritto, programmava in modo certo la società civile, diffondeva l'idea dello Stato di diritto, superava privilegi e particolarismi, 'livellava' la società; affermando l'uguaglianza giuridica e un regime certo e sicuro per la circolazione dei beni.²⁹⁷

Allo stesso tempo, però, che il *Code Civil* realizza questa forte rottura con la tradizione esso rappresenta, anche se in maniera assolutamente contraddittoria, una "continuità con il passato", giacché se guardiamo con attenzione "alcuni specifici contenuti del Codice si può notare come essi si pongano ancora in continuità con i principî della tradizione romanistica, con il diritto consuetudinario, con le costruzioni teoriche e pratiche della dottrina di antico regime".²⁹⁸

Capire tale "rapporto ambivalente tra il Codice e il passato"²⁹⁹ sarà utile più avanti quando abborderemo come e perché il codice francese fu utilizzato in Italia come modello di codice nel corso dell'Ottocento, ovverosia, in che modo esso, in quanto modello, è passato da un codice imposto a un codice voluto.

Raggiunta la fine di questa piccola spiegazione su cosa significò l'entrata in vigore del *Code Civil* in Italia, recuperiamo il filo della storia. In seguito alla sconfitta di Napoleone il periodo di dominio francese sulla penisola italiana finisce e ha inizio il periodo conosciuto come Restaurazione in cui si sono ristabiliti i poteri sovrani assoluti vigenti prima del dominio napoleonico in seguito alle determinazioni del Congresso di Vienna del 1814.

In Italia, la caduta della dominazione napoleonica portò alla restaurazione dei regimi precedenti: il Regno delle due Sicilie, il Ducato di Parma, lo Stato Pontificio, il Regno Lombardo-Veneto (sotto il dominio austriaco), il Granducato di Toscana, il Ducato di Lucca³⁰⁰, il Ducato di Modena e il Regno di Sardegna.³⁰¹

²⁹⁷ CAZZETTA, Giovanni. *Codice Civile e identità giuridica nazionale. Percorsi e appunti per una storia delle codificazioni moderne*. Torino: G. Giappichelli Editore, 2011. p. 09.

²⁹⁸ CAZZETTA, Giovanni. *Codice Civile e identità giuridica nazionale. Percorsi e appunti per una storia delle codificazioni moderne*. Torino: G. Giappichelli Editore, 2011. p. 03.

²⁹⁹ CAZZETTA, Giovanni. *Codice Civile e identità giuridica nazionale. Percorsi e appunti per una storia delle codificazioni moderne*. Torino: G. Giappichelli Editore, 2011. p. 02.

³⁰⁰ Il Ducato di Lucca venne annesso al Granducato di Toscana nel 1847.

³⁰¹ PENE VIDARI, Gian Savino; DE BENEDETTI, Claudia (a cura di). *Costituzioni e Codici. Appunti e documenti di Storia del diritto italiano (a.a.1996/1997)*. Torino: G. Giappichelli, 1996. p.88-89. Da osservare che nel 1814 la Repubblica Genovese ha sperimentato un breve periodo di indipendenza che è finito, però, a seguito della definitiva caduta di Napoleone. Il Congresso di Vienna, venendo meno al principio che prevedeva la restaurazione dell'ordine precedente alla

Come conseguenza diretta della restaurazione di questi stati il *Code Civil* è stato abolito o al meno messo in discussione in tutta l'Italia, un fenomeno di facile spiegazione: una volta finito il dominio politico e militare dovrebbe anche finire il dominio giuridico dei francesi.

Perciò lo Stato Pontificio, il Regno di Sardegna, il Ducato di Modena e il Granducato di Toscana aboliscono il codice francese ripristinando il diritto comune anteriore. Il Ducato di Parma, il Ducato di Lucca e il Regno delle due Sicilie, invece, mantengono il codice napoleonico in vigore anche se in maniera provvisoria e parziale. Nel Regno Lombardo-Veneto, uno stato dipendente dell'Impero Austriaco, entra in vigore il Codice Civile Generale Austriaco (ABGB) del 1812.³⁰²

Com'è stato detto sopra, la fine del dominio francese in Italia significò, per alcuni stati preunitari la fine della vigenza del codice civile napoleonico e il ripristino del diritto comune anteriore. Comunque, a dispetto di questo ripudio iniziale, la codificazione civile napoleonica riesce a diventare, a lungo termine, il "modello prevalente se non esclusivo per una nuova opera di codificazione civilistica che è realizzata in Italia nel corso del XIX secolo".³⁰³ E quando parliamo di codificazione italiana nell'Ottocento, stiamo parlando sia dei codici preunitari sia del Codice Civile del 1865.

Infatti, se si controllano i codici civili prodotti nell'Italia preunitaria (1815-1859), si percepisce che questi sono il risultato diretto dell'influenza del modello francese di codice.³⁰⁴ Con eccezione del Regno Lombardo-Veneto (il cui codice civile corrispondeva al modello imposto dell'Austria), il Granducato di Toscana (che non riuscì a creare il suo codice civile prima dell'unità d'Italia), e lo Stato

Rivoluzione francese, stabilì unilateralmente l'annessione della Repubblica di Genova al Regno di Sardegna.

³⁰² DEZZA, Ettore. *Lezioni di storia della codificazione civile*. 2. ed. Torino: G. Giappichelli, 2000. p.102. Da riferire che il Codice austriaco è rimasto in vigore dal 1816 al 1859 in Lombardia e fino al 1866 nel Veneto. In Trentino e in Alto Adige, invece, è stato applicato fino al 1918.

³⁰³ DEZZA, Ettore. *Lezioni di storia della codificazione civile*. 2. ed. Torino: G. Giappichelli, 2000. p.103. Sulla importanza del *Code* per la storia del diritto italiano spiega Alpa: "(...) il *Code* è stato però il primo testo codificato di regole di diritto privato vigente in gran parte d'Italia nonché il primo modello per gli Stati italiani preunitari, gli altri codici rilevanti per la nostra storia, il Codice civile austriaco e il Codice civile tedesco hanno avuto un peso assolutamente marginale rispetto al *Code civil*." ALPA, Guido. *La cultura delle regole. Storia del diritto civile italiano*. Roma: Laterza, 2000. p.103.

³⁰⁴ Per un studio approfondito sui codici civili preunitari vedere: DEL GIUDICE, Pasquale. *Storia del diritto italiano*. vol. II. Firenze: Gozzini, 1969. p.184-267.; ALPA, Guido. *La cultura delle regole. Storia del diritto civile italiano*. Roma: Laterza, 2000. p.84-95.; CAZZETTA, Giovanni. *Codice Civile e identità giuridica nazionale. Percorsi e appunti per una storia delle codificazioni moderne*. Torino: G. Giappichelli Editore, 2011.

Pontificio (che adottò senz'altro il ritorno al diritto comune e canonico) tutti gli altri Stati preunitari finirono per accettare e adottare "l'idea-forza della codificazione",³⁰⁵ promulgando nel corso dell'Ottocento i suoi propri codici.³⁰⁶

Tuttavia, bisogna far attenzione al fatto che il trapianto di un codice straniero in territorio italiano con la conseguente abrogazione del diritto comune anteriore non significa che c'è stato in seguito un mutamento subito e radicale della scienza giuridica italiana. In realtà, conforme espone Alpa, nella storia del diritto civile italiano non si può intravedere la stessa continuità e linearità di evoluzione degli istituti giuridici accaduta in Francia, "non si può costruire quell'itinerario per giustapposizione e sequenzialità di modelli, come se dal *Code* si fosse passati – quasi per naturale continuità – ai codici civili preunitari e, successivamente, al Codice Civile del 1865."³⁰⁷

Quindi, nonostante la fine dell'egemonia politica e militare francese sulla penisola italiana, il legato giuridico del *Code Civil* rimane comunque, concludendosi così, in maniera definitiva, l'età del diritto comune in Italia³⁰⁸ con la adozione quasi che generalizzata di un Codice civile per ogni stato preunitario.

Osserviamo ora in che maniera questa influenza del *Code Civil* si è fatta sentire nel periodo successivo della storia italiana con l'unificazione del Regno d'Italia nel 1961.

Dopo le prime due guerre d'indipendenza nacque, con la legge 17 marzo 1861 del Parlamento italiano, il Regno d'Italia il cui primo re fu Vittorio Emanuele II, originariamente sovrano del Regno di Sardegna. L'unità si perfeziona negli anni successivi con l'acquisizione del Veneto e parte del Friuli nel 1866 (terza guerra d'indipendenza) e con la conquista di Roma nel 1870, la quale diventa capitale del Regno d'Italia.

³⁰⁵ DEZZA, Ettore. *Lezioni di storia della codificazione civile*. 2. ed. Torino: G. Giappichelli, 2000. p.103.

³⁰⁶ Il Regno delle Due Sicilie promulgò il suo codice civile nel 1819, Il Ducato di Parma lo fa subito dopo, nel 1820. Nel 1837 fu la volta del codice civile del Regno di Sardegna. Nel 1852 Il Ducato di Modena pubblicò l'ultimo codice civile prima dell'unificazione. Importante ancora menzionare che nel territorio dell'antica Repubblica Genovese il *Code Civil* è rimasto in vigore fino al 1837 e nel Ducato di Lucca, addirittura fino al 1865.

³⁰⁷ ALPA, Guido. *La cultura delle regole. Storia del diritto civile italiano*. Roma: Laterza, 2000. Introduzione p.XIV. Ancora, spiega l'autore: "(...) si deve sottolineare che un conto sono i testi normativi, altro conto sono i percorsi della cultura giuridica che quei modelli è chiamata a redigere, a interpretare e ad applicare, o ad apprezzare al fine di predisporre gli strumenti formativi del giurista. Alla circolarità dei modelli si accompagna inoltre la circolarità delle idee, ed entrambi questi fattori debbono fare i conti con le realtà istituzionali, politiche, economiche e sociali."

³⁰⁸ GHISALBERTI, Carlo. *Unità nazionale e unificazione giuridica in Italia. La codificazione del diritto nel Risorgimento*. Bari: Laterza, 1979. p.147.

Unificata l'Italia, fu necessario l'avvio dei lavori per l'unificazione anche dell'ordinamento civilistico poiché esistevano nel territorio del neonato stato ben cinque diversi codici civili³⁰⁹ e tuttora persisteva la vigenza del diritto comune in Toscana. Questa esigenza fu ancora più sentita nell'ambito del diritto civile in vista del tipico pensiero illuminista di considerare il codice civile quello "guida".³¹⁰

In realtà, prima della nascita ufficiale del regno d'Italia nel 1861, già nel 1859 ebbero inizio le prime riunioni e dibattiti con lo scopo di presentare dei progetti di codice civile per il Regno d'Italia.

Il primo progetto fu proposto da Giovanni Battista Cassinis, all'epoca Ministro di Grazia e Giustizia, nel 1860 e fu "compilato da una commissione composta da giureconsulti piemontesi, lombardi, emiliani e toscani [essendo] in sostanza una revisione del codice albertino".³¹¹ Questo progetto sperimentò diverse critiche, data la sua chiara intenzione di "assimilare a quella sarda le diverse legislazioni della penisola".³¹²

In seguito avviene il progetto proposto da Vincenzo Miglietti, nel 1862, che non andò avanti, poiché fu considerato molto legato al *Code Napoleon*. L'ultimo progetto fu di Giuseppe Pisanelli, presentato al Senato nel 1863, e oggetto di molte modifiche "apportate in particolare dalla Commissione senatoria".³¹³

Mentre andavano avanti i lavori e dibattiti parlamentari del progetto Pisanelli una circostanza politica ha "velocizzato" la procedura: la *Convenzione di settembre*, del 1864, firmata tra Italia e Francia, che prevedeva il trasferimento della capitale italiana da Torino a Firenze.

In vista di questo fatto politico il clima era d'incertezza giacché "si prefigurava lo spettro di una capitale [Firenze] dominata ancora da un diritto civile non codificato, confuso e incerto"³¹⁴ ed era anche evidente a quel punto

³⁰⁹ Il codice civile del Regno delle due Sicilie (1819), il codice del Ducato di Parma e Piacenza (1820), il codice del Regno di Sardegna (1837) che era stato esteso agli ex domini pontifici e ducati emiliani, il codice del Ducato di Modena e il codice civile generale austriaco (ABGB) in vigore nel Regno Lombardo-Veneto (1812).

³¹⁰ PENE VIDARI, Gian Savino; DE BENEDETTI, Claudia (a cura di). *Costituzioni e Codici. Appunti e documenti di Storia del diritto italiano (a.a 1996/1997)*. Torino: G. Giappichelli, 1996. p.93-94. Del Giudice, in sua opera del 1923 riferì che il codice civile non era che il nocciolo della nuova codificazione italiana. (*Storia del diritto italiano*. vol. II. Firenze: Gozzini, 1969. p.276).

³¹¹ DEL GIUDICE, Pasquale. *Storia del diritto italiano*. vol. II. Firenze: Gozzini, 1969. p.277.

³¹² CAZZETTA, Giovanni. *Codice Civile e identità giuridica nazionale. Percorsi e appunti per una storia delle codificazioni moderne*. Torino: G. Giappichelli Editore, 2011. p. 30.

³¹³ CAZZETTA, Giovanni. *Codice Civile e identità giuridica nazionale. Percorsi e appunti per una storia delle codificazioni moderne*. Torino: G. Giappichelli Editore, 2011. p. 30.

³¹⁴ CAZZETTA, Giovanni. *Codice Civile e identità giuridica nazionale. Percorsi e appunti per una storia delle codificazioni moderne*. Torino: G. Giappichelli Editore, 2011. p. 30-31.

l'esistenza di una "volontà politica, che in nome della necessaria unitarietà intendeva aggiungere un risultato rapido"³¹⁵ quanto riguarda all'approvazione del codice civile.

Così, dopo alcuni mesi di discussioni, il parlamento italiano approva la legge n. 2215, 2 aprile 1865, sull'unificazione legislativa, autorizzando il governo a provvedere da solo il perfezionamento del progetto Pisanelli, emanando con semplice decreto il Codice Civile, in una sorta di delegazione legislativa.³¹⁶ Poco tempo dopo il Codice Civile fu promulgato dal re Vittorio Emanuele II con il regio decreto n.2358 del 25 giugno 1865 e entrò in vigore nell'1 gennaio 1866.³¹⁷

E com'era questo primo codice civile dell'Italia unificata? Era senza dubbio un codice che seguiva fedelmente la traccia del *Code Civil* napoleonico. In una parola: il codice è nato francese.³¹⁸ Come struttura, il codice civile del 1865 segue la divisione del codice francese (che in sostanza rispecchia quella di Gaio nelle Istituzioni) *personae, res e actione*. Così, i 2174 articoli sono distribuiti in tre libri: il primo sulle persone, il secondo sui beni e le sue modificazioni, il terzo sui modi di acquistare e trasmettere la proprietà e gli altri diritti sulle cose.

Tale struttura è rivelatrice del valore fondamentale della società borghese di allora: la proprietà. Il codice civile italiano del 1865 – così come il *Code Civil* - è il

³¹⁵ PENE VIDARI, Gian Savino; DE BENEDETTI, Claudia (a cura di). *Costituzioni e Codici. Appunti e documenti di Storia del diritto italiano (a.a 1996/1997)*. Torino: G. Giappichelli, 1996. p.94.

³¹⁶ La delega legislativa si estendeva anche ai codici commerciale, procedura civile e per la marina mercantile e altre leggi di unificazione normativa. La legge di unificazione, però, non prevedeva un nuovo codice penale per l'Italia. Tale delega del parlamento italiano può sembrare molto lontana dall'ideale dei dibattiti pubblici, della libera scelta del potere legislativo del neonato Stato italiano su un argomento di cruciale importanza per il futuro giuridico del paese. Però, alcuni autori difendono che: "l'utilizzazione di una delega legislativa per l'approntamento dei codici unitari non soltanto alterava la prassi in materia, ma, probabilmente, rappresentava un espediente indispensabile per la stesura e l'approvazione di testi normativi così delicati e complessi come erano i codici." (GHISALBERTI, Carlo. *Unità nazionale e unificazione giuridica in Italia. La codificazione del diritto nel Risorgimento*. Bari: Laterza, 1979. p.313.)

³¹⁷ Altri codici entrarono in vigore nello stesso giorno: il codice commerciale, di procedura civile e di marina mercantile. Il codice unitario di procedura penale arriva poco dopo, nel novembre 1865. Il codice penale unitario invece non è promulgato che nel 1889, 25 anni dopo l'unificazione legislativa italiana. Nel frattempo soltanto in Toscana vigeva ancora il suo codice penale del 1853, in tutto il resto della penisola vigeva il codice sardo del 1859. Così, in parole più chiare: "L'anno 1865 segna il primo passo decisivo sul cammino della nuova codificazione italiana. Difatti, con la legge di unificazione legislativa del 2 aprile di quell'anno il governo venne autorizzato a promulgare in tutte le provincie costituenti allora il Regno d'Italia i codici civile, di procedura civile, di commercio e di marina mercantile, ai quali segue qualche mese dopo quello di procedura penale. Pel codice penale si era già provveduto anteriormente. In tal modo col primo di gennaio 1866 l'unificazione dei codici nella materia civile, commerciale e penale era effettuata in tutto il regno, con la sola eccezione, che la Toscana, per una ragione che si dirà appresso, non venne esteso il codice penale piemontese." DEL GIUDICE, Pasquale. *Storia del diritto italiano*. vol. II. Firenze: Gozzini, 1969. p.276.

³¹⁸ SACCO, Rodolfo. *Introdução ao direito comparado*. Traduzione: Véra Jacob de Fradera. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p. 303.

codice della proprietà, soprattutto della proprietà fondiaria,³¹⁹ regolando ogni singolo momento del rapporto tra i beni e gli individui.

La proprietà regolata dal codice è quella “unitaria, strettamente collegata alla libertà del soggetto individuo (...), potere assoluto, perpetuo, esclusivo”.³²⁰ Molto diverso era il concetto di proprietà finora vigente che permetteva l’esistenza di un insieme di poteri su un unico bene spettanti a persone differenti, secondo la “teoria del dominio diviso”,³²¹ che ha avuto “una esistenza lunghissima, giungendo fino alle soglie della rivoluzione francese”.³²²

Dunque, “la borghesia terriera, artefice del Risorgimento e dello Stato liberale, si riconosce nel disegno del Codice”,³²³ poiché esso “ripercorre i momenti dell’ideologia borghese”,³²⁴ quali siano: l’individuo, il diritto soggettivo, il contratto e la successione *mortis causa*. Questi sono gli istituti giuridici basici che sostengono la libertà dell’individuo borghese proprietario terriero, pienamente capace di gestire i suoi beni e interessi.

Verificata la struttura, centrata sulla proprietà, non è difficile intravedere che, ugualmente quanto al contenuto, il codice del 1865 inevitabilmente “gravita sulla proprietà terriera e sugli strumenti tecnici che ne agevolano la circolazione tra vivi o per il tempo dopo la morte”.³²⁵

Naturalmente, in vista di un codice civile ispirato nel modello francese – alcuni articoli, in realtà, erano la semplice traduzione dell’articolo originale in francese – durante i primi anni di vita della nuova codificazione civile la dottrina italiana si avvicina ai metodi della dottrina francese, adottando la scuola dell’esegesi come parametro unico per la conoscenza del diritto civile.

³¹⁹ “I beni su cui si fermava l’attenzione del vecchio legislatore erano le cose del mondo fisico che l’uomo poteva materialmente controllare e dominare. Oggetto della garanzia legale e della disciplina dettata nel codice era principalmente la proprietà immobiliare, in primo luogo la proprietà fondiaria”. RESCIGNO, Pietro. *Introduzione al Codice Civile*. 7^o ed. Bari: Laterza, 2001. p. 08-09.

³²⁰ GROSSI, Paolo. *L’Europa del diritto*. Bari: Laterza, 2009. p.144.

³²¹ La teoria del dominio diviso fu elaborata dagli interpreti medievali del diritto romano e consisteva nel ripensare la categoria romana del *dominium*, adattandola alla realtà pratica di quei tempi. Così “su una stessa cosa erano possibili due situazioni di appartenenza, quella che atteneva a una sorta di nucleo interno, di sostanza riposta (la *substantia rei*), quella che atteneva a una sorta di corteccia esterna economicamente apprezzabile e fruibile, la utilità (la *utilitas rei*).” GROSSI, Paolo. *L’Ordine giuridico medievale*. 12.ed. Bari: Laterza, 2006. p.238-239. Per approfondire tale dottrina del dominio diviso vedere dello stesso autore: *La proprietà e le proprietà nell’officina dello storico*. In: *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*. n. XVII, 1988, p. 359-422.; e anche *Le situazioni reali nell’esperienza giuridica medievale – Corso di storia del diritto*. Padova: CEDAM, 1968.

³²² GROSSI, Paolo. *L’Europa del diritto*. Bari: Laterza, 2009. p.52.

³²³ IRTI, Natalino. *La cultura del diritto civile*. Torino: UTET, 1990. p.75.

³²⁴ IRTI, Natalino. *La cultura del diritto civile*. Torino: UTET, 1990. p.04.

³²⁵ IRTI, Natalino. *La cultura del diritto civile*. Torino: UTET, 1990. p.04.

In parole brevi, la scuola dell'esegesi, nata in Francia all'inizio dell'Ottocento, non per caso insieme al *Code Civil*, preconizzava l'identificazione tra il testo del codice civile e la scienza del diritto civile, così, "se la scienza giuridica è scienza del diritto positivo, allora il *testo* della norma traccia e definisce l'orizzonte dell'interprete".³²⁶ S'intravede qui i naturali riflessi dell'ideologia illuminista liberale: la costruzione di un nuovo rapporto tra legislatore e interprete, così come un nuovo sistema delle fonti del diritto.

Il legislatore produce la norma giuridica generale, astratta e completa la quale dev'essere applicata nel suo significato letterale. All'interprete rispetta il ruolo limitato di commentare gli articoli del codice, giacché a lui non "occorreva che *riconoscere* la volontà del legislatore".³²⁷ La nuova relazione tra legislatore e interprete è basata sull'autorità, l'autorità chiara e incontrastabile della legge.³²⁸

In effetti, il testo legale non assume soltanto un ruolo di supremazia ma anche un carattere monopolista. La legge emanata dallo stato, dal suo potere legislativo, passa a essere l'unica fonte del diritto ammissibile. Dunque, se la scelta del legislatore non fosse rispettata, conforme proclamava la scuola dell'esegesi, il diritto tornerebbe al suo stato precedente, all'*ancien régime*, alla varietà e alle incertezze delle vecchie fonti i cui difetti sono stati duramente criticati dai teorici dell'illuminismo.

Il metodo esegetico ha avuto una lunga esistenza, la sua influenza si è fatta sentire durante tutto l'Ottocento in Francia e in Belgio, però l'aspetto che ci interessa è analizzare la sua autorevolezza in Italia nei primi anni di vigenza del Codice Civile del 1865.

È comune trovare nei testi sulla storia del diritto italiano che, nel periodo compreso tra 1865 e 1881, la dottrina italiana è stata fortemente marcata dai metodi della scuola esegetica.³²⁹ In questo periodo gli autori ricordano che la

³²⁶ IRTI, Natalino. *La cultura del diritto civile*. Torino: UTET, 1990. p.07.

³²⁷ MONATERI, Pier Giuseppe; SOMMA, Alessandro. *Il modello di Civil Law*. 2.ed. Torino: G. Giappichelli, 2009. p.91.

³²⁸ GROSSI, Paolo. *Mitologias jurídicas da modernidade*. Traduzione: Arno Dal Ri Júnior. Florianópolis: Fundação Boiteaux, 2004. p. 133-134.

³²⁹ Conforme spiega Irti: "Il metodo esegetico domina incontrastato gli anni tra 1865 ed il 1881: fedeltà al testo legislativo ed agli esemplari francesi; ricchezza di richiami giurisprudenziali; aderenza all'ordine del codice; incapacità di raggruppare le norme in unità più ampie e così salire dall'analisi a concetti generali, suscettibili di applicazione a casi non regolati e di espansione in altri rami del sapere giuridico. Il diritto civile sta a sé, chiuso nella lettera del codice, privo di nessi con le altre discipline: manca nei testi di legge (né si osa costruire dalla dottrina) uno strumentario comune, un corpo di concetti e di teorie utilizzabili in ogni campo del nostro lavoro". IRTI, Natalino. *La cultura del diritto civile*. Torino: UTET, 1990. p.09.

produzione giuridica era prevalentemente composta di commentari agli articoli del nuovo codice³³⁰ e nella sua maggioranza sono piene di riferimenti e citazioni a delle opere francesi. Molto comune era la traduzione delle principali opere francesi.

E sembra oggi che gli autori dell'epoca non possedevano altra scelta che seguire, leggere e studiare gli insegnamenti dell'esperienza francese esegetica. Si può affermare che la causa del periodo d'influenza del metodo esegetico in Italia sia stata la mancanza di una cultura giuridica italiana unificata che potesse far fronte alla già consolidata dottrina giuridica francese.³³¹

Oppure, si può riferire che l'atteggiamento di estremo rispetto al contenuto letterale del testo del codice tenuto dai giuristi italiani dell'epoca non rappresentava "un cieco ossequio all'onnipotenza della legge",³³² ma raffigurava, in realtà, la loro credenza che il testo del codice civile rappresentasse il diritto nazionale, finalmente unificato, il quale fu semplicemente raggruppato e dichiarato dalla legge. E tale credenza fa senso nell'ambiente storico del Risorgimento italiano. Se il testo legale è stato frutto, come credevano i giuristi dell'epoca, diretto della tradizione giuridica italiana, stava giustificato l'atteggiamento di massimo rispetto al contenuto della legge. Il testo della legge diventerebbe intoccabile, non passibile di modificazioni nelle mani dei giuristi.

In migliori parole:

(...) l'unificazione delle fonti del diritto si presenta come fenomeno di razionalizzazione e statalizzazione del diritto ma anche come semplice *riconoscimento di un'unità preesistente*, come mera dichiarazione di un diritto espressivo dell'Italia come comunità di lingua e di cultura, come riconoscimento di garanzie fissate in 'principii immutabili'.³³³

Per questi motivi Irti afferma che in Italia la scuola dell'esegesi nasce come *scuola nazionale*, "perché legata al quadro legislativo dello Stato unitario",³³⁴ in

³³⁰ Cazzetta (*Codice Civile e identità giuridica nazionale*. p.128) elenca tra i principali commentari dell'epoca: V. CATTANEO-C. BORDA. *Il Codice civile italiano*. Torino: Utet, 1865; E.PACIFICI MAZZONI. *Codice civile italiano commentato con la legge romana, le sentenze dei dottori e la giurisprudenza*. 2.ed. Firenze: Cammelli, 1870-1871.

³³¹ Conforme alle opinioni di: PENE VIDARI, Gian Savino; DE BENEDETTI, Claudia (a cura di). *Costituzioni e Codici. Appunti e documenti di Storia del diritto italiano (a.a 1996/1997)*. Torino: G. Giappichelli, 1996. p.97.; SACCO, Rodolfo. *Introdução ao direito comparado*. Traduzione: Véra Jacob de Fradera. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.p.304.

³³² CAZZETTA, Giovanni. *Codice Civile e identità giuridica nazionale. Percorsi e appunti per una storia delle codificazioni moderne*.Torino: G. Giappichelli Editore, 2011. p. 37.

³³³ CAZZETTA, Giovanni. *Codice Civile e identità giuridica nazionale. Percorsi e appunti per una storia delle codificazioni moderne*.Torino: G. Giappichelli Editore, 2011. p. 37.

³³⁴ IRTI, Natalino. *La cultura del diritto civile*. Torino: UTET, 1990. p.07.

modo che “il giurista non sceglie tra metodo esegetico e metodo sistematico, giacché il primo si configura spontaneamente come il *metodo proprio del codice civile*”.³³⁵

Questo è il quadro giuridico dei primi anni dello Stato italiano, però, a partire degli anni ottanta si osservano due fenomeni: (1) la necessità di interventi legislativi – non solo di natura civilistica - come risposta alle trasformazioni sociali accompagnata di una (2) “svolta metodologica” con il ravvicinamento della dottrina civilistica italiana alla scuola pandettistica di origine tedesca. Va sottolineato che il sorgimento delle leggi speciali e il passaggio dottrinario dall'esegesi al sistema sono fenomeni contemporanei conforme attesta Cazzetta:

La prima richiesta di interventi legislativi speciali fu avanzata in Italia negli stessi anni in cui la dottrina perfezionò un complessivo passaggio dall'esegesi al sistema, dall'imitazione 'servile' della letteratura francese ad un'apertura nei confronti della Pandettistica tedesca.³³⁶

Tali cambiamenti, avvenuti a partire del degli anni ottanta dell'Ottocento, sono conseguenza non solo della penetrazione di una diversa mentalità giuridica ma anche di importanti fatti sociali ed economici accaduti nell'Italia della fine dell'Ottocento.

Per questo motivo, facciamo un breve riferimento all'ambiente sociale ed economico del paese in questo periodo cruciale per contestualizzare in maniera giusta i presupposti non solo giuridici ma anche sociali di tale mutamento.

La realtà sociale ed economica dell'Italia nel 1865 è di una “società eminentemente agricola, di antica e triste povertà”.³³⁷ Tranne che le regioni al nord d'Italia, le quali durante il decennio precedente all'unificazione avevano raggiunto un periodo di prosperità economica tramite un'industrializzazione incipiente,³³⁸ il resto del territorio italiano continuava a essere non industrializzato e essenzialmente rurale - anche se nell'Italia meridionale, settentrionale e nella pianura padana predominassero tipi diversi di agricoltura.

³³⁵ IRTI, Natalino. *La cultura del diritto civile*. Torino: UTET, 1990. p.07.

³³⁶ CAZZETTA, Giovanni. *Codice Civile e identità giuridica nazionale. Percorsi e appunti per una storia delle codificazioni moderne*. Torino: G. Giappichelli Editore, 2011. p.151.

³³⁷ IRTI, Natalino. *La cultura del diritto civile*. Torino: UTET, 1990. p.04. “Al momento dell'unificazione l'Italia era un paese periferico in un'Europa in rapido sviluppo, il reddito complessivo era 1/3 di quello francese e 1/4 di quello inglese, le dotazioni infrastrutturali erano ancora meno sviluppate (2.000 km di strada ferrata contro i 17.000 dell'Inghilterra e i 9.000 della Francia).” BIANCO, Magda. *L'industria italiana*. Bologna: Il Mulino, 2003. p.10.

³³⁸ “Poco prima dell'unificazione Piemonte, Lombardia, Liguria e il Veneto, con il 30% della popolazione totale, producevano i 3/4 di reddito nazionale.” BIANCO, Magda. *L'industria italiana*. Bologna: Il Mulino, 2003. p.10.

Così, quando scoppiò la crisi agraria che ha colpito l'agricoltura europea nell'ultimo quarto dell'Ottocento, l'Italia è stata abbastanza colpita giacché predominavano le esportazioni dei prodotti agricoli, specialmente dei cereali. La crisi agraria "fu provocata dalla diminuzione del prezzo del grano per la conseguenza di quello americano",³³⁹ inserendosi nel contesto più ampio della "grande depressione" (1873-1896) e la reazione del governo italiano, così come in altri paesi, fu l'adozione di provvedimenti protezionisti e, in minore scala, il tentativo di modernizzare la produzione agricola per renderla più competitiva.

Secondo Carocci, i più colpiti dalla crisi sono stati i piccoli e medi proprietari, affittuari e contadini che dipendevano direttamente dei prezzi delle merci agricole.³⁴⁰ Da quanto si è detto, però, il più importante per l'analisi che stiamo conducendo sono le conseguenze di questa crisi, ossia, l'inizio dell'immigrazione di milioni d'italiani all'estero e l'avvio del processo d'industrializzazione in Italia.

Quanto al rapporto tra crisi agraria e l'immigrazione, ancora secondo l'analisi di Carocci, i contadini hanno reagito alla crisi in tre modi diversi: con rassegnazione, con l'immigrazione o con il socialismo:

Mentre la rassegnazione fu prevalente nelle regioni più appartate, dominate dal tradizionale autoconsumo contadino (tipica restò la Sardegna), l'immigrazione e il movimento contadino caratterizzarono in misura sempre più marcata le altre regioni.³⁴¹

Infatti, uno dei segni più marcati dell'arretratezza e povertà dell'Italia appena unificata è il fenomeno dell'emigrazione massiccia di cittadini italiani nel periodo compreso tra il 1875 e 1914. Le statistiche di questo immenso movimento emigratorio evidenziano la situazione pressoché miserabile e di abbandono in cui si trovava grande parte del popolo italiano, specialmente i contadini, i quali sono immigrati principalmente in America (Argentina, Stati Uniti e Brasile sono stati i principali destini), in cerca di lavoro, terre e migliori condizioni di vita.³⁴²

³³⁹ CAROCCI, Giampiero. *Storia d'Italia dall'unità ad oggi*. 7.ed. Milano: Feltrinelli, 1986. p.65.

³⁴⁰ CAROCCI, Giampiero. *Storia d'Italia dall'unità ad oggi*. 7.ed. Milano: Feltrinelli, 1986. p.67.

³⁴¹ CAROCCI, Giampiero. *Storia d'Italia dall'unità ad oggi*. 7.ed. Milano: Feltrinelli, 1986. p.68.

³⁴² Le statistiche dell'emigrazione italiana della fine Ottocento e inizio Novecento verso il continente Sudamericano, ad esempio, raggiungono numeri strepitosi, conforme precisamente collocato da Paolo L. Carbone: "In *Argentina* (42 milioni di abitanti stime luglio 2011) la comunità degli italo-argentini, considerando sia gli italiani residenti nel Paese (oltre mezzo milione quelli censiti dall'AIRE), sia gli oriundi italiani, giunge, secondo diverse stime a superare i *20 milioni di persone*, rappresentando così il primo gruppo etnico del paese sudamericano e circa il 50% della popolazione. La comunità degli italo-argentini sarebbe inoltre, in termini assoluti, la seconda al mondo dopo quella italo-brasiliana Il *Brasile* (192.376.496 milioni di abitanti secondo le stime IBGE – *Istituto Brasileiro de Geografia e Estatística*, dell'agosto 2011 con crescita superiore al 2% anno) ha oggi la più grande popolazione italiana fuori dell'Italia. Secondo l'Ambasciata d'Italia a Brasilia,

L'altra conseguenza della crisi agraria fu l'avvio del processo di industrializzazione in Italia³⁴³ il quale, considerato nelle sue conseguenze politico-sociali, ha prodotto non solo il movimento operaio³⁴⁴ ma ha opportunizzato l'incremento del numero di aziende e di banche di credito che finanziavano le attività delle nascente industrie e aziende.

Accanto a questi fatti, nell'ambito politico la sinistra ascende al governo nel 1876 e rinnova i rapporti esteri italiani, avvicinandosi della Germania e dell'Austria. Così, nel 1882 si è concluso un patto militare di alleanza tra gli imperi di Germania, Austria-Ungheria e il Regno d'Italia. – la Triplice Alleanza – che è durato fino al 1915, quando l'Italia lo denuncia ed entra nella prima guerra mondiale.

Dunque, tali fatti *sociali* (la condizione di estrema povertà di grande parte del popolo italiano che è stata costretta a immigrare), *economici* (la crisi agraria del 1880 e l'avvio dell'industrializzazione italiana) e *politici* (i rapporti più stretti che mai con la Germania e l'Austria) hanno influenzato anche l'ambito giuridico³⁴⁵ giacché è giustamente in questo periodo di forti cambiamenti che si osserva la svolta metodologica della dottrina giuridica che abbiamo accennato sopra, fenomeno conosciuto anche come il "passaggio dall'esegesi al sistema".³⁴⁶

vivrebbero nel paese più di 25 milioni di italiani o discendenti di immigrati italiani. Altre fonti ancora parlano di 28 o addirittura di 32 milioni di persone (più o meno la metà degli italiani presenti in Italia che supera di poco i 60 milioni). In Brasile il 15% della popolazione brasiliana è di origine italiana. È la più numerosa popolazione di oriundi italiani nel mondo." CARBONE, Paolo L. *Latin American System*. Relazione tenuta al XXI colloquio biennale dell'Associazione italiana di diritto comparato, Venezia 9-11 giugno 2011. Disponibile in: http://www.comparazionedirittocivile.it/prova/files/carbone_latino.pdf. p. 23.

³⁴³ L'industrializzazione italiana deriva di una scelta politica, condotta dallo Stato e si manifestò di forma più intensa a partire dal 1896. Infatti, il periodo compreso tra il 1896 e 1914 segna un'epoca di profonde trasformazioni economiche in Italia: "Come è noto, gli anni dal 1896 al 1914, e in particolare quelli fino al 1908, costituiscono il periodo nel quale l'economia italiana, approfittando di un lungo ciclo di prosperità mondiale, si forma una base industriale. Grazie all'industrializzazione, il 1903-1913 è l'unica epoca nella storia d'Italia prima del 1950 durante la quale la crescente tendenza alla divaricazione tra il reddito pro capite italiano e quello inglese subì una parziale inversione" CAROCCI, Giampiero. *Storia d'Italia dall'unità ad oggi*. 7.ed. Milano: Feltrinelli, 1986. p. 105.

³⁴⁴ Conforme rassegna Irti, in questo periodo: "La formazione della classe operaia accompagna necessariamente lo sviluppo industriale. Sorgono associazioni, leghe, sindacati, partiti. Nel dibattito ideologico s'intrecciano motivi anarchici, tesi internazionalistiche, predicazioni umanitarie. Risale al 1882 la costruzione del Partito Operario Italiano, e l'ingresso di liste socialistiche nella battaglia elettorale." IRTI, Natalino. *La cultura del diritto civile*. Torino: UTET, 1990. p.21.

³⁴⁵ Conforme Irti: "I problemi dello sviluppo industriale e la nuova composizione della società italiana trovano qualche eco nelle dottrine del diritto civile" IRTI, Natalino. *La cultura del diritto civile*. Torino: UTET, 1990. p.22.

³⁴⁶ CAZZETTA, Giovanni. *Codice Civile e identità giuridica nazionale. Percorsi e appunti per una storia delle codificazioni moderne*. Torino: G. Giappichelli Editore, 2011. p. 139.

Altro risultato del cambiato assetto economico sociale italiano negli anni a cavallo tra Ottocento e Novecento fu l'influenza del socialismo giuridico, con l'adozione di molte leggi speciali in questo periodo, la quale abborderemo più avanti. Per ora concentriamoci sul passaggio dall'esegesi al sistema.

Allora, per capire meglio i motivi della svolta metodologica della dottrina civilistica italiana bisogna riferire, senz'altro, che il rapido mutamento della società italiana della fine dell'Ottocento, il quale abbiamo delineato finora, non fu accompagnato del necessario mutamento dell'assetto giuridico che regolava i rapporti sociali.

In sostanza quello che accadeva era "l'incomunicabilità tra Codice e società civile",³⁴⁷ l'esistenza di veri "vuoti e silenzi dell'apparato delle norme".³⁴⁸ Poiché mentre il fondamento della protezione giuridica del codice civile ancora si dirigeva alla proprietà fondiaria come unica forma di manifestazione del potere economico e di produzione della ricchezza, la realtà dell'Italia che si industrializzava, non corrispondeva più a questo paradigma.

Quindi, il confronto tra "i contrasti sociali, l'arretratezza e la povertà del paese reale"³⁴⁹ e il testo del codice civile, il cui fondamento era la proprietà fondiaria, produce

(...) una svolta che si sostanzia nella prima incrinatura del mito del Codice, nella più viva percezione dei problemi sociali, in una profonda crisi di identità dei giuristi e nella ricerca di nuovi itinerari da percorrere.³⁵⁰

Tale svolta o passaggio – non importa come la denominiamo - della dottrina civilistica italiana ha una data d'inizio: a partire del 1881 una nuova generazione di civilisti italiani³⁵¹ comincia a pubblicare delle prolusioni e libelli alla ricerca di nuovi itinerari, di nuove soluzioni per problemi attuali che la lettura esegetica del codice civile non riusciva più a risolvere.

³⁴⁷ GROSSI, Paolo. *Mitologias jurídicas da modernidade*. Traduzione: Arno Dal Ri Júnior. Florianópolis: Fundação Boiteaux, 2004. p. 131.

³⁴⁸ RESCIGNO, Pietro. *Introduzione al Codice Civile*. 7^o ed. Bari: Laterza, 2001. p.09.

³⁴⁹ CAZZETTA, Giovanni. *Codice Civile e identità giuridica nazionale. Percorsi e appunti per una storia delle codificazioni moderne*. Torino: G. Giappichelli Editore, 2011. p. 139.

³⁵⁰ CAZZETTA, Giovanni. *Codice Civile e identità giuridica nazionale. Percorsi e appunti per una storia delle codificazioni moderne*. Torino: G. Giappichelli Editore, 2011. p. 139.

³⁵¹ I nomi più importanti di questa nuova generazione di giuristi e le sue opere sono: CIMBALI, Enrico. Lo studio del diritto civile negli stati moderni. In: *Studi di dottrina e di giurisprudenza civile*. Lanciano:Carabba,1889 (originalmente pubblicato nel 1881).; GIANTURCO, Emanuele. Gli studi di diritto civile e la questione del metodo in Italia. In: *Opere giuridiche*, I. Roma: Libreria dello Stato, 1947 (originalmente pubblicato nel 1881).; VADALÀ PAPALE, Giuseppe. *Il Codice civile italiano e la Scienza*. Napoli: Morano,1881.; CHIRONI, Gianpietro. Il diritto civile nella sua ultima evoluzione. In: *Studi e questioni di diritto civile*, vol. I. Torino: Bocca, 1913 (pubblicato originalmente nel 1882).;

Insieme a questa consapevolezza dei giuristi italiani occorre, in maniera progressiva, l'abbandono dei metodi francesi di lettura del Codice, poiché "per le generazioni venute dopo il '60, il codice civile ed i commentari francesi non hanno più l'antico fascino".³⁵²

Al posto del metodo francese i civilisti si dirigono allo studio della dottrina tedesca: "si perfezionano presso le università tedesche, leggono e traducono le opere di quegli ammirati maestri".³⁵³ E di quale dottrina tedesca si sta parlando? Si parla "di quella robusta corrente del pensiero giuridico tedesco dominante nella seconda metà dell'Ottocento che siamo soliti chiamare convenzionalmente Pandettistica".³⁵⁴

La Pandettistica significa l'identificazione del diritto in un ordine formale, in un formalismo che sembra essere il suo contrassegno primario.³⁵⁵ La sua origine è strettamente legata all'avvenimento della scuola storica del diritto fondata anche in Germania tra fine Settecento e inizi Ottocento, il cui maggiore esponente fu Friedrich Carl von Savigny.

Se inizialmente la scuola storica "si era prefisso lo scopo di studiare *tutti* i periodi della storia del diritto",³⁵⁶ richiamando alla necessità di considerare il diritto storicamente, dopo alcuni anni "la scuola predilige in particolare due epoche del diritto romano: *il diritto romano classico (...)* e *il diritto giustiniano*".³⁵⁷ Un'altra caratteristica marcante della scuola storica era la sua radicale opposizione al giusnaturalismo illuminista e, per conseguenza diretta, all'astrattismo e razionalismo che condussero alla codificazione.³⁵⁸

³⁵² IRTI, Natalino. *La cultura del diritto civile*. Torino: UTET, 1990. p.11.

³⁵³ IRTI, Natalino. *La cultura del diritto civile*. Torino: UTET, 1990. p.11. Irti menziona che i romanisti furono i primi a intensificare i rapporti con la cultura giuridica tedesca.

³⁵⁴ GROSSI, Paolo. *L'Europa del diritto*. Bari: Laterza, 2009. p.168.

³⁵⁵ GROSSI, Paolo. *L'Europa del diritto*. Bari: Laterza, 2009. p.168.

³⁵⁶ WESENBERG, Gerhard. WESENER, Gunter. *Storia del diritto privato in Europa*. A cura di Paolo Cappellini e Maria Cristina Dalbosco. Padova: CEDAM, 1999. p.227.

³⁵⁷ WESENBERG, Gerhard. WESENER, Gunter. *Storia del diritto privato in Europa*. A cura di Paolo Cappellini e Maria Cristina Dalbosco. Padova: CEDAM, 1999. p. 228.

³⁵⁸ È diventata famosa la controversia accademica tra Savigny e Thibaut sulla validità o meno di codificare il diritto: "La questione erompe quando un prestigioso professore di diritto civile all'Università di Heidelberg, Anton Friedrich Justus Thibaut (1772-1840), vi incentra interamente un suo libello e quando un altro prestigioso professore di diritto romano nella neo-fondata Università di Berlino, Friedrich Carl von Savigny (1779-1861), risponde polemicamente con altro libello. Si instaura una forte contrapposizione dialettica, che segnerà il divenire del diritto in Germania per tutto il secolo XIX". GROSSI, Paolo. *L'Europa del diritto*. Bari: Laterza, 2009. p.161 e ss.

Tuttavia, nella seconda metà dell'Ottocento la pubblicazione della monumentale opera di Savigny - *Sistema del diritto romano attuale*³⁵⁹ - e la forte influenza della dottrina positivista di Comte sulle scienze umanistiche e dunque anche sulla scuola storica,³⁶⁰ ha prodotto un cambiamento d'intendimento per cui al posto "della prevalenza del sistema sulla storia, [tipico atteggiamento della scuola storica] ora si può parlare di un sistema senza storia".³⁶¹ Così sorge e si consolida la pandettistica tedesca,³⁶² i cui personaggi più importanti di questo periodo sono Bernhard Windscheid e Rudolph von Jhering.

L'influenza della pandettistica tedesca sulla dottrina giuridica italiana in questo periodo – o il "fervido e fecondo processo di recezione"³⁶³ secondo Irti – ha provocato un visibile cambiamento della cultura giuridica in Italia. Sacco apponta, addirittura, che i risultati raggiunti dalla pandettistica suscitarono in Italia un'ammirazione così incondizionale - sia del metodo sistematico che dei concetti e categorie giuridiche elaborati in Germania - che la sua recezione fu totale e le sue conseguenze rivoluzionarie.³⁶⁴

Seguendo l'analisi di Ferrajoli³⁶⁵ su questo periodo, tre furono le idee recepite in Italia al momento della conversione della civilistica italiana al metodo storico e sistematico della pandettistica tedesca: (1) l'idea dell'esistenza di un "diritto romano attuale" che è il risultato di una intesa continuità tra diritto romano,

³⁵⁹ Il titolo originale dell'opera di Savigny è: *System des heutigen römischen Rechts* e fu pubblicata tra il 1840 e 1849.

³⁶⁰ WESENBERG, Gerhard. WESENER, Gunter. *Storia del diritto privato in Europa*. A cura di Paolo Cappellini e Maria Cristina Dalbosco. Padova: CEDAM, 1999. p. 244.

³⁶¹ GROSSI, Paolo. *L'Europa del diritto*. Bari: Laterza, 2009. p.168.

³⁶² La pandettistica caratterizza per la ricerca del diritto come scienza, come un sistema di concetti: "Il giurista tedesco di Scuola Pandettistica cercava quindi di *scoprire* i concetti soggiacenti, e perciò più generali, alle categorie della tradizione romanista. Il diritto romano conosceva ormai il contratto, il testamento e la donazione. Il pandettista ritrova in ciascuna di queste figure l'elemento costante della dichiarazione privata di volontà diretta a produrre effetti giuridici. Perciò edifica il concetto di *Rechtsgeschäft*, tradotto in Italia come negozio giuridico (...). Allo stesso modo la Pandettistica procede rispetto alla proprietà e agli altri diritti reali della tradizione romanista, levigando ed edificando la vera e propria teoria moderna del diritto soggettivo assoluto." MONATERI, Pier Giuseppe. SOMMA, Alessandro. *Il modello di Civil Law*. 2.ed. Torino: G. Giappichelli, 2009. p. 117. Malgrado l'enorme successo di tale approccio concettuale e sistematico del diritto i pandettisti "(...) nemici giurati del giusnaturalismo e delle mitologie, non si accorgevano (o non volevano accorgersi) che, in sostanza, riproducevano in pieno Ottocento l'atteggiamento metodico e le conclusioni essenziali della riflessione giusnaturalistica: quel ragionar per modelli, quel disegnare soggetti e rapporti meta-storici cioè astratti, quel sorprendere il diritto soprattutto come diritto privato e per di più sorretto da una fortissima ideologia individualistica". GROSSI, Paolo. *L'Europa del diritto*. Bari: Laterza, 2009. p.169.

³⁶³ IRTI, Natalino. *La cultura del diritto civile*. Torino: UTET, 1990. p.11.

³⁶⁴ SACCO, Rodolfo. *Introdução ao direito comparado*. Traduzione: Véra Jacob de Fradera. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p. 306-307.

³⁶⁵ FERRAJOLI, Luigi. *La cultura giuridica nell'Italia del Novecento*. 2.ed. Bari: Laterza, 1999. p. 16 ss.

diritto comune e diritto civile codificato; (2) l'idea della centralità del diritto civile come disciplina principale che offre alle altre le basi teoriche e le categorie concettuali; (3) l'idea che rispetta ai "giureconsulti", ossia, ai professori, il ruolo centrale di costruttori di concetti e di sistemi giuridici

I segni di tale trasformazione, pertanto, sono molti. L'apparimento di traduzioni d'importanti opere tedesche in italiano, accanto alla profusione di monografie, trattati e manuali di diritto civile in sostituzione ai precedenti commentari al Codice, che hanno dominato il periodo del metodo esegetico; l'incorporazione al pensiero giuridico italiano di concetti elaborati dalla pandettistica, principalmente quelli relativi alla "parte generale" del diritto civile come: il negozio giuridico, i fatti giuridici, il diritto soggettivo assoluto o relativo, ecc.; il ruolo protagonista assunto dai professori universitari come teorici del diritto, anzi, come i veri scienziati della scienza giuridica in contrapposizione all'attività meramente "tecnica" dei giudici e altri operatori.³⁶⁶

Dunque, a partire degli anni ottanta dell'Ottocento fino all'inizio della prima guerra mondiale "la dottrina civilistica presenta una sostanziale unità di tono",³⁶⁷ e il tono è dato dalla predominanza del metodo sistematico di ispirazione pandettistica in Italia in questo periodo.

Insieme all'inizio della predominanza del metodo sistematico l'altro tratto caratteristico di questa fase (tra 1881-1914) è la profusione in Italia delle leggi speciali,³⁶⁸ fenomeno anche percepibile in altri paesi europei come l'Inghilterra, la Francia e la Germania. Considerata in un ambito più ampio che il diritto civile, l'adozione di una cosiddetta "legislazione sociale" era il risultato dell'influenza del socialismo giuridico, o *solidarismo* giuridico come ci spiega Grossi.³⁶⁹

Da un lato, i cambiamenti politici ed economici che abbiamo segnalato prima non rappresentavano, per parte della dottrina giuridica, motivo sufficiente

³⁶⁶ FERRAJOLI, Luigi. *La cultura giuridica nell'Italia del Novecento*. 2.ed. Bari: Laterza, 1999. p.10.

³⁶⁷ IRTI, Natalino. *La cultura del diritto civile*. Torino: UTET, 1990. p.17.

³⁶⁸ Le prime tre leggi speciali dell'Italia liberale furono promulgate tra il 1883 e 1886: Legge 8 luglio 1883, n.1473 sulla Cassa Nazionale di Assicurazione per gli infortuni sul lavoro; Legge 11 febbraio 1886, n. 3657 sul lavoro dei fanciulli; Legge del 15 aprile 1886, n. 3818 sul riconoscimento giuridico delle società di mutuo soccorso operaie. Tali leggi sono oggetto di un approfondito studio nel articolo di Luciano Martone: Le prime leggi sociali nell'Italia liberale (1883-1886). In: *Quaderni Fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*. Il "Socialismo giuridico". Ipotesi e letture. Tomo I (3-4), 1974-75, Giuffrè, Milano. p. 103-144.

³⁶⁹ GROSSI, Paolo. *L'Europa del diritto*. Bari: Laterza, 2009. p.189 e ss. Grossi chiarisce che a volte la denominazione "socialismo giuridico" può rimettere erroneamente ai movimenti di ideologia socialista che avanzavano all'epoca, poiché la cosiddetta legislazione sociale non era propriamente socialista, era *solidarista*

per indurre a modificazioni nel sistema di diritto civile, il quale restava moltissimo legato al codice, visto come “norma inadatta a piegarsi alle esigenze di tempi e di circostanze particolari perché voluta e programmata in tutta la sua incapacità ad umiliarsi verso la bassa corte dei fatti quotidiani”.³⁷⁰ Questa rigidità ha reso difficile la tutela dei nuovi rapporti economici portati dalla nascente industria e commercio dell’Italia in sviluppo. Era il caso del rapporto di lavoro subordinato, ad esempio:

Nel codice, ad esempio, invano si sarebbe cercata la disciplina del rapporto di lavoro subordinato; l’unica previsione legislativa era diretta a vietare la stipulazione di contratti in cui il prestatore di lavoro di impegnasse per l’intera sua vita. (...) La locazione agli occhi del legislatore comprendeva tipi d’interessi assai eterogenei: il godimento delle energie lavorative del dipendente veniva allineato sullo stesso piano del godimento di beni come una casa di abitazione, un fondo rustico, un animale o una macchina (...). Si trascurava la particolarità di una situazione in cui risultano implicate la libertà e la personalità dell’individuo che lavora al servizio di altri e la necessità di assicurargli, a mezzo del salario, il necessario per vivere e sostenere la famiglia.³⁷¹

L’ambito del rapporto di lavoro non era l’unico a essere ignorato o poco valorizzato dagli schemi liberali del Codice Civile, poiché lo stesso succedeva alle associazioni professionali, all’impresa e ai rapporti familiari.

Il socialismo giuridico fu, dunque, la reazione della dottrina giuridica e anche del legislatore – dunque, dell’ordine borghese stabilito – rispetto a tali eccessivi squilibri e contrasti presenti nella società. L’idea non era proporre un totale capovolgimento del primato del codice, anzi, i sostenitori della necessità di leggi speciali continuavano a credere che il Codice rappresentasse “lo strumento più prezioso per fornire una risposta ‘vera’, ‘stabile’ e ‘certa’, del diritto alle trasformazioni sociali.”³⁷² La loro intenzione corrispondeva all’accettazione di “tracce di solidarietà verso la classe più bisognosa”³⁷³ all’interno dell’ordinamento, tutelando le situazioni nuove tramite leggi speciali, ossia, norme non inserite nel testo del codice.

In questo senso è interessante osservare che tali norme speciali erano viste dalla dottrina “solidaristica” come norme provvisorie, eccezionali, di contingenza in

³⁷⁰ GROSSI, Paolo. *L’Europa del diritto*. Bari: Laterza, 2009. p.191.

³⁷¹ RESCIGNO, Pietro. *Introduzione al Codice Civile*. 7. ed. Bari: Laterza, 2001. p.09-10.

³⁷² CAZZETTA, Giovanni. *Codice Civile e identità giuridica nazionale. Percorsi e appunti per una storia delle codificazioni moderne*. Torino: G. Giappichelli Editore, 2011. p. 150-151.

³⁷³ GROSSI, Paolo. *L’Europa del diritto*. Bari: Laterza, 2009. p.191.

contrasto con il versante veramente stabile, assoluto e immutabile del diritto civile.³⁷⁴

Le leggi speciali di contenuto civilistico di questo periodo erano complementari agli articoli del codice o portavano delle modifiche complete dei rapporti civili.³⁷⁵ Il loro contenuto metteva in vista molti aspetti della vita civile comune come: l'espropriazione per causa di pubblica utilità,³⁷⁶ i diritti d'autore,³⁷⁷ l'abolizione dell'arresto personale per debiti in materia civile e commerciale,³⁷⁸ l'ordinamento dei domini collettivi nelle province dell'ex Stato Pontificio,³⁷⁹ la capacità di acquisto delle persone giuridiche³⁸⁰ e la cittadinanza.³⁸¹

L'edizione delle leggi speciali fu intensificata ancora di più con l'avvenimento della prima guerra mondiale. In realtà, oggi si sa che questo evento bellico significò il collasso della civiltà (occidentale) dell'Ottocento, una civiltà di economia capitalista, liberale nelle sue istituzioni, borghese, centrata nei paesi europei, che si trovava in mezzo alla fantastica ondata dello sviluppo scientifico e

³⁷⁴ Tale analisi è fatta da Cazzetta nel capitolo IV del libro *Codice Civile e identità giuridica nazionale. Percorsi e appunti per una storia delle codificazioni moderne*. Torino: G. Giappichelli Editore, 2011. p. 143-161.

³⁷⁵ Intrecciati ai rapporti di diritto civile 'puro' altre due settori sperimentano, negli anni tra Otto e Novecento un'importanza marcante: il *diritto commerciale* e il *diritto del lavoro*, tutte e due contraddistinti da una forte connessione con la realtà pratica. Il diritto commerciale non è evidentemente un ramo nuovo del diritto - anzi, il diritto dei commercianti è antichissimo - tuttavia, nuova si presenta la sua veste giuridica all'inizio dell'Ottocento con il primo *Code de Commerce* del 1807, il quale servirà d'ispirazione al Codice di Commercio italiano del 1865. Però questo codice non ha avuto un'esistenza lunga, già nel 1882 fu emanato un nuovo Codice di Commercio la cui più importante novità riguarda la sostituzione dell'influenza del modello francese verso il riferimento del modello germanico, soprattutto sulla nozione oggettiva degli atti di commercio. Quanto alla materia lavoristica abbiamo già fatto riferimento sopra che il suo sorgimento è collegato allo sviluppo dell'industria e dell'agricoltura capitalista, sono, pertanto, i fatti nati fuori della purezza dei modelli contrattuali del codice civile che hanno causato la necessità di leggi speciali che regolassero in maniera meno materialistica il rapporto tra lavoratore e proprietario. Per una visione generica e succinta delle origini del diritto del lavoro in Europa vedere: GROSSI, Paolo. *L'Europa del diritto*. Bari: Laterza, 2009. p. 201-208.; Per uno studio più approfondito sulla storia del diritto del lavoro in Italia vedere: CAZZETTA, Giovanni. *Codice Civile e identità giuridica nazionale. Percorsi e appunti per una storia delle codificazioni moderne*. Torino: G. Giappichelli Editore, 2011. p. 163-188.; CAZZETTA, Giovanni. *Scienza giuridica e trasformazioni sociali. Diritto e lavoro in Italia tra Otto e Novecento*. Milano: Giuffrè, 2007.; CAZZETTA, Giovanni. Leggi sociali, cultura giuridica ed origini della scienza giuslavoristica in Italia tra Otto e Novecento. In: *Quaderni Fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, vol. XVII, 1988, p. 155-262.

³⁷⁶ Legge 25 giugno 1865, n. 2359

³⁷⁷ Legge 25 giugno 1865, n. 2337 Questa legge è stata modificata da leggi posteriori (10 agosto 1875, n. 2652 e 18 maggio 1882, n. 756) che sono state riunite sotto il Regio decreto 19 settembre 1882 n. 1012 che approva un testo unico del diritto d'autore.

³⁷⁸ Legge 6 dicembre 1877, n. 4166.

³⁷⁹ Legge 4 agosto 1894, n. 397.

³⁸⁰ Legge 21 giugno 1896, n. 218.

³⁸¹ Legge 13 giugno 1912, n. 555.

tecnologico della *belle époque* e del dominio politico o bellico di molte parti “meno sviluppate” del mondo in base al sistema coloniale.³⁸²

Nell’ambito giuridico evidentemente l’impatto della grande guerra fu ugualmente coinvolgente, poiché una vasta legislazione di guerra fu emanata per far fronte non soltanto allo sforzo di guerra ma anche alle trasformazioni sociali ed economiche dell’intera società italiana. Infatti, conforme evidenzia Grossi:

La prima guerra mondiale si propone, dunque, allo storico del diritto come tappa rilevante di un itinerario in corso, come un futuro che si fa presente, l’evento che mette a nudo la crisi da tempo serpeggiante nel basso dell’esperienza, la ufficializza, la legalizza.³⁸³

Gli interventi legislativi di guerra nell’area civile sono abbastanza numerosi e riescono a toccare i punti più sensibili del vecchio ordine giuridico borghese: il diritto di proprietà,³⁸⁴ le successioni,³⁸⁵ la capacità giuridica delle donne³⁸⁶ e l’adozione.³⁸⁷

Pertanto, il mondo occidentale che è entrato in guerra nel 1914 definitivamente non è più lo stesso che emerge una volta finita la guerra quattro anni dopo. Politicamente, si osserva che, in Italia, il periodo del primo dopo guerra marca la fine dell’Italia liberale retta dallo Statuto Albertino e l’inizio del ventennio fascista.³⁸⁸ Giuridicamente avviene di forma intensa e consolidata “la bipartizione della normativa privatistica tra codice e legislazione speciale”³⁸⁹ e la consolidazione della dottrina civilistica quanto disciplina centrale e propedeutica allo studio di tutte le altre discipline giuridiche.³⁹⁰

La domanda importante da farsi ora è come e perché il carattere liberale della dottrina civilistica e del proprio codice civile ha accettato la transizione all’ideologia fascista, considerando che l’obiettivo del fascismo era giustamente

³⁸² HOBBSBAWN, Eric. *Era dos extremos. O breve século XX. 1914-1991*. 2.ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2004. p.16.

³⁸³ GROSSI, Paolo. *L’Europa del diritto*. Bari: Laterza, 2009. p. 232.

³⁸⁴ Regio decreto 15 agosto 1919, n.1467, riguardante la dichiarazione di morte presunta degli scomparsi durante la guerra.

³⁸⁵ Decreto legge 16 novembre 1916, n.1686, concernente l’avocazione allo Stato delle successioni intestate oltre il sesto grado.

³⁸⁶ Legge 17 luglio 1919, n.1176, sulla capacità giuridica della donna con l’abolizione della autorizzazione maritale.

³⁸⁷ Regio decreto 31 luglio 1919, n.1357, per l’adozione degli orfani di guerra e dei nati fuori matrimonio nel periodo della guerra.

³⁸⁸ FERRAJOLI, Luigi. *La cultura giuridica nell’Italia del Novecento*. 2.ed. Bari: Laterza, 1999. p.06.

³⁸⁹ ALPA, Guido. I caratteri del codice civile. In: *Codici. Una riflessione di fine millennio*. Atti dell’Incontro di studio a Firenze, 26-28 ottobre 2000. A cura di Paolo Cappellini e Bernardo Sordi. vol. 61, Milano: Giuffrè, 2002. p. 180.

³⁹⁰ FERRAJOLI, Luigi. *La cultura giuridica nell’Italia del Novecento*. 2.ed. Bari: Laterza, 1999. p.15-16.

combattere il liberalismo individualista, come pure il comunismo? Ovviamente non è facile neanche breve la risposta.

In riassunto, nell'Italia liberale, secondo Ferrajoli,³⁹¹ si osserva una progressiva autonomizzazione della scienza del diritto, che cerca di scollarsi dalla politica e dallo stato con lo scopo di tornarsi più tecnica, più scientifica e apolitica. Ferrajoli sintetizza tale spoliticizzazione del diritto in tre passi: il primo passo fu la ricezione del metodo storico e sistematico della pandettistica tedesca. Il secondo fu la conciliazione del metodo sistematico con il dogma giuspositivistico dell'autorità assoluta della legge, imposto in Italia dalla codificazione, promuovendo una doppia legittimazione del codice civile del 1865: esso diventa il luogo della mediazione tra il diritto romano comune e premoderno e il diritto statale positivo. Il terzo passo fu l'importazione di questi paradigmi al diritto pubblico e penale.

Dunque, ancora secondo Ferrajoli,³⁹² il carattere liberale e sistematico della cultura giuridica italiana prefascista è intrinsecamente conservatore, autoritario, statalistico e patriottico. E a causa di queste caratteristiche non ha avuto difficoltà di convivere bene con il fascismo, rimanendo fedele a se stesso, come attesta la debole o quasi inesistente contaminazione dell'ideologia fascista all'interno del diritto civile durante il ventennio. Così,

Il ventennio del fascismo non rompe l'intrinseca *continuità* del metodo sistematico. Maestri e scuole di diritto civile poco o nulla concedono all'ideologia dominante.³⁹³

Mentre l'ideologia liberale spinge la dottrina giuridica a farsi sempre più 'pura', a scrollarsi di dosso contaminazioni economiche e politiche, l'ideologia fascista risolve il diritto nella politica, assegnando alla dottrina la funzione di creare la nuova legalità dello stato etico gerarchico corporativo. Eppure nessuno storico (...) vorrà discorrere di una dottrina fascistica del diritto privato e collocare in quel periodo una rottura con il metodo dogmatico e con la tradizione delle nostre scuole.³⁹⁴

In realtà, il motivo della coincidenza, apparentemente contraddittoria, tra il regime fascista e la dottrina liberale dominante nel diritto civile era che il regime fascista ha sempre operato in base al principio della legalità, "anche se talora le leggi assumono dei contenuti aberranti e ripugnanti come nelle cosiddette leggi razziali del 1938".³⁹⁵

³⁹¹ FERRAJOLI, Luigi. *La cultura giuridica nell'Italia del Novecento*. 2.ed. Bari: Laterza, 1999. p. 16 ss.

³⁹² FERRAJOLI, Luigi. *La cultura giuridica nell'Italia del Novecento*. 2.ed. Bari: Laterza, 1999. p.36.

³⁹³ IRTI, Natalino. *La cultura del diritto civile*. Torino: UTET, 1990. p.25.

³⁹⁴ IRTI, Natalino. *La cultura del diritto civile*. Torino: UTET, 1990. p.25-26.

³⁹⁵ GROSSI, Paolo. *L'Europa del diritto*. Bari: Laterza, 2009. p. 243.

E il regime si è comportato in questo modo, sempre secondo il primato della legge, quando avvia un complessivo processo di recodificazione con i codici Penale e di Procedura Penale del 1931 e i codici della Navigazione, Procedura Civile e Diritto Civile nel 1942.

Il Codice Civile del 1942, tuttora vigente in Italia, rappresenta l'aggiornamento della legge civile desiderato già prima della prima guerra mondiale. Questi propositi di rinnovamento "portarono nel 1928 ad un progetto comune franco-italiano di un codice delle obbligazioni e dei contratti, che non entrò mai in vigore".³⁹⁶ Negli anni trenta si riavviano i lavori per un nuovo Codice Civile e un nuovo Codice di Commercio: tra 1939 e 1940 erano pronti due libri del Codice Civile, uno sui diritti delle persone e di famiglia e l'altro sulle successioni. Ma il piano di lavoro inizialmente programmato di realizzare due codice (uno civile e l'altro commerciale) fu cambiato dato che il "Guardasigilli Grandi (...) decise di inserire la materia commerciale entro il codice civile e di abolire pertanto il codice di commercio: si giunse a quella che è detta la commercializzazione del diritto civile."³⁹⁷

Il Codice Civile oggi vigente in Italia è abbastanza diverso del Codice del 1865. Risente, oltre che alla tradizione francese, anche dell'influenza del BGB (*Bürgerliches Gesetzbuch*, del 1900) modello che, conforme abbiamo esaminato sopra, ha avuto un'importanza straordinaria per l'evoluzione della scienza giuridica italiana della prima metà del Novecento. Malgrado il forte prestigio del modello e della teoria giuridica tedesca in Italia, il Codice del 42 non è strutturato in parte

³⁹⁶ PENE VIDARI, Gian Savino; DE BENEDETTI, Claudia (a cura di). *Costituzioni e Codici. Appunti e documenti di Storia del diritto italiano* (a.a 1996/1997). Torino: G. Giappichelli, 1996. p. 100. Nonostante il progetto franco-italiano di Codice delle obbligazioni è mai entrato in vigore ha sviluppato un importante ruolo per il cambiamento di alcuni concetti del diritto delle obbligazioni, il che ha aperto la strada per una concezione più ampia delle obbligazioni commerciali e civili. In questo senso, la rilevanza storica di questo progetto è stata percepita e accolta anche in Brasile, secondo attesta Miguel Reale in un saggio suo scritto negli anni ottanta: "É que o Projeto franco-italiano, além de representar, há meio século, um passo relevante no sentido da unificação internacional do Direito Privado, não deixou de influir na revisão de determinados coinceitos básicos do Direito das Obrigações, abrindo novas perspectivas para uma larga compreensão abrangente também das obrigações comerciais, como resulta, aliás, de sua direta influência sobre o Código Civil italiano de 1942. (...) é evidente que muitas de suas colocações foram superadas pelas vertiginosas transformações que caracterizam o nosso tempo, mas é inegável, que, isto não obstante, ainda são válidas muitas de suas directivas, sobretudo por terem os seus ilustres autores visado a conciliar o antigo e o moderno segundo critérios de prudência, com admirável rigor dogmático." REALE, Miguel. A unidade do direito das obrigações no projeto de Código Civil brasileiro e o projeto Franco-italiano de 1927. In: *Inchieste di Diritto Comparato. Il progetto franco-italiano di codice delle obbligazioni*. Padova: CEDAM, 1980. p. 123-134.

³⁹⁷ PENE VIDARI, Gian Savino; DE BENEDETTI, Claudia (a cura di). *Costituzioni e Codici. Appunti e documenti di Storia del diritto italiano* (a.a 1996/1997). Torino: G. Giappichelli, 1996. p. 100.

generale e speciale come lo è il BGB. In realtà la struttura dell'attuale Codice Civile italiano non rispecchia esattamente né la struttura del Codice precedente né la struttura del BGB.

Mentre il Codice del 1865 racchiudeva in un unico Libro tutta la materia relativa alle successioni, alle obbligazioni e ai contratti, diversamente accadrà nel 1942, quando il legislatore ha scelto di separare le suddette materie in Libri indipendenti.³⁹⁸ Così, nel Codice del 42, il Libro secondo tratta delle successioni, il Libro terzo disciplina la proprietà e altri diritti reali e il Libro quarto contiene la disciplina delle obbligazioni e delle loro fonti, ossia principalmente dei contratti e dei fatti illeciti (responsabilità civile).³⁹⁹

Inoltre, mentre nel Codice del 1865 non era prevista una disciplina speciale sui rapporti di lavoro – dato che essi rientravano nello schema generale dei rapporti obbligatori - il Codice del 42, invece, contiene un Libro (il quinto) dedicato alla materia giuslavoristica, disciplinando l'impresa in generale, il lavoro subordinato e autonomo, le società e la concorrenza.

Questo quinto Libro rappresenta una particolarità unica tra i codici civili europei, giacché tratta di materie tipiche del diritto commerciale, che in precedenza erano determinate in un codice separato. Secondo Rescigno, quando il legislatore stabilisce l'unificazione delle regole civili e commerciali all'interno del Codice del 42 vuole dimostrare il suo distacco dalla tradizione del codice liberale del 1865, poiché, piuttosto che aver posto la proprietà al centro dei rapporti patrimoniali – come succedeva nel Codice precedente - ha scelto di puntare sulla attività economica produttiva, ovvero, sull'impresa. La scelta del legislatore di spostare l'accento del Codice dalla proprietà terriera all'impresa rispondeva non solo a sollecitazioni politiche e ideologiche del periodo, ma rispondeva anche alla

³⁹⁸ Secondo Rescigno le differenze tra struttura e distribuzione delle materie tra il Codice del 1865 e del 1942 dimostrano due forme radicalmente diverse di concepire gli istituti giuridici fondamentali del diritto civile, come, ad esempio la disciplina del contratto: "A dare un'idea del diverso modo in cui si pongono, rispetto alle stesse materie, vecchio e nuovo legislatore, basterà riflettere che nel codice previgente il contratto era contemplato come uno dei modi per acquistare e trasmettere la proprietà; nel nuovo codice è considerato su un piano più generale, come fonte di obbligazioni (art. 1173) e destinato a costituire, modificare o sciogliere un rapporto patrimoniale (art. 1321)" RESCIGNO, Pietro. *Introduzione al Codice Civile*. 7. ed. Bari: Laterza, 2001.p.32.

³⁹⁹ La struttura del Codice Civile del 1942 comprende sei Libri, di cui mancano menzionare il Libro primo (Delle Persone e della Famiglia) e il Libro Sesto (Della Tutela dei Diritti), che contiene la disciplina della trascrizione, delle prove, della responsabilità patrimoniale del debitore e delle cause di prelazione, della tutela giurisdizionale dei diritti, della prescrizione e decadenza.

società capitalistica che si sviluppava all'epoca tramite il passaggio da un'economia essenzialmente agraria ad una economia basata sull'industria e sulla attività imprenditoriale.⁴⁰⁰

Il Codice Civile del 1942 ha subito nel corso del Novecento diverse critiche attinenti ai segni lasciati dal fascismo e dalla sua ideologia corporativa, e anche diversi autori si sono dedicati a denunciare il progressivo processo di “decodificazione” dell’ordinamento civilistico il quale ci porta a ripensare il significato e la validità della codificazione civile.⁴⁰¹

Oltre a ciò, il rilievo dei rapporti tra Costituzione e Codice Civile si fa sentire nel cambiamento di posizione dello studioso del diritto privato e degli operatori del diritto (compresi avvocati e magistrati in generale), nel senso che in contrasto con la concezione tipica del diritto privato di apprezzare i valori della persona in termini puramente patrimoniali, l’influsso delle norme e dei valori costituzionali – specie quelli relativi alla dignità della persona e del diritto allo svolgimento della sua personalità - offrono alla materia civilistica nuovi confini da esplorare e da tutelare.⁴⁰²

Tutti questi aspetti “nuovi”, dettati dallo sviluppo costante della dottrina e anche della società, hanno fatto con cui i civilisti avessero dovuto ripensare il ruolo del Codice Civile del 1942, con l’obiettivo di trovare nuove interpretazioni per istituti giuridici fondamentali come il contratto, il rapporto di lavoro, il matrimonio, ecc, nonostante “la vecchiezza del testo”⁴⁰³ e la perdita del ruolo centrale che era proprio del Codice all’epoca della sua promulgazione.

La responsabilità civile per danni non patrimoniali, regolata dal Codice del 1942 in due articoli fondamentali (l’art. 2043 e 2059), costituisce l’esempio perfetto di come la dottrina e la giurisprudenza italiana hanno dovuto reinterpretare il testo del Codice per farlo più attuale e corrispondente ai bisogni della società riguardo a una tutela più estesa della persona umana.

Il risarcimento del danno non patrimoniale rappresenta, dunque, un problema molto controverso in Italia, poiché è stato oggetto di numerosi dibattiti e discussioni nel corso del Novecento e a tutt’oggi non si è arrivato ad una risposta definitiva alle questioni fondamentali dello istituto: la definizione del concetto di

⁴⁰⁰ RESCIGNO, Pietro. *Introduzione al Codice Civile*. 7. ed. Bari: Laterza, 2001.p.31 ss.

⁴⁰¹ Sulla decodificazione l’opera di riferimento é quella di Irti: IRTI, Natalino. *L’età della decodificazione*. Milano: Giuffrè, 1986.

⁴⁰² RESCIGNO, Pietro. *Introduzione al Codice Civile*. 7. ed. Bari: Laterza, 2001.p.59.

⁴⁰³ RESCIGNO, Pietro. *Introduzione al Codice Civile*. 7. ed. Bari: Laterza, 2001.p.03.

danno non patrimoniale e la individuazione della regola risarcitoria che deve governare questo tipo di pregiudizio.⁴⁰⁴

Alla ricerca delle risposte, anche se non del tutto definitive, è che chiudiamo questa parte di ricostruzione storica del diritto privato italiano per iniziare l'esame del sistema di risarcimento dei danni non patrimoniali in Italia.

⁴⁰⁴ ZIVIZ, Patrizia. *Il danno non patrimoniale. Evoluzione del sistema risarcitorio*. Milano: Giuffrè, 2011. p.06.

1.2.2 Il risarcimento dei pregiudizi non patrimoniali in Italia: la norma di chiusura del Codice Civile e il rinvio alla Costituzione.

L'attuale sistema di risarcimento dei danni non patrimoniali dell'ordinamento giuridico italiano è il risultato di un lungo e faticoso sentiero percorso dalla dottrina e giurisprudenza, il quale, tutto sommato, è stato percorso con l'obiettivo di contornare le difficoltà imposte da una lettura ristretta degli articoli 2043 e 2059 del Codice Civile del 1942.

Avviare una ricerca intorno ai diversi significati dati agli art. 2043 e 2059 dalla dottrina e giurisprudenza durante i sessant'anni della loro vigenza non è certo un compito facile o semplice, soprattutto per un giurista non italiano. La produzione bibliografica sul tema è, non solo vasta, ma anche di altissima qualità, il che è gratificante per chi ha interesse nello studio approfondito della materia, ma anche può costituire una fonte di confusione per chi non ha un obiettivo chiaro in mente.

Per questi motivi, l'esposizione (o il riassunto) della materia che vorremo effettuare ora non ha l'ambizione di essere completa e minuziosa, poiché molte opere italiane si dedicano a questa funzione. Nostro obiettivo è di raccontare la realtà giuridica italiana del risarcimento dei danni non patrimoniali (insieme ai suoi sviluppi) tenendo conto del quadro generale che ci sta di sottofondo, ossia, quello del radicale capovolgimento del modello di riferimento della responsabilità civile extracontrattuale successa in Italia verso la fine degli anni 60, per cui la responsabilità civile è passata da semplice fattispecie di illecito civile al paradigma della clausola generale.

Esaminare questo passaggio da una concezione all'altra è importante per il lavoro di comparazione giuridica che ci siamo proposti, poiché l'uso della tecnica giuridica della clausola generale ha grande rilevanza per l'ordinamento brasiliano, principalmente nell'ambito della responsabilità civile, conforme abbiamo esaminato nel capitolo precedente.

Abbiamo scelto questo itinerario anche perché, in sostanza, la causa del cambiamento del modello di riferimento degli art. 2043 e 2059 è collegata alla crescente importanza di un nuovo modello di danneggiamento (nuovo almeno

rispetto agli schemi precedenti), basato sui pregiudizi non patrimoniali.⁴⁰⁵ Ovverosia, l'intero assetto della responsabilità civile in Italia è cambiato per conciliare l'importanza crescente dei danni non patrimoniali e questo è successo senza la necessità di cambiamenti legali, il che torna tale fenomeno ancora più interessante a livello di comparazione giuridica.

La nostra esposizione, dunque, cerca di comprendere l'istituto della responsabilità civile in Italia in base a questo contrasto tra la concezione tradizionale e moderna del rimedio aquiliano, seguendo la linea di pensiero disegnata da Barcellona.⁴⁰⁶

Allora, con questo obiettivo in mente, esamineremo il sistema della responsabilità civile per danni non patrimoniali in Italia seguendo l'evoluzione storica dei tre principali periodi che abbiamo identificato:⁴⁰⁷ il periodo della prospettiva tradizionale (a); il periodo del capovolgimento della concezione tradizionale (b); il periodo della creazione giurisprudenziale: danno biologico, alla salute e esistenziale (c).

(a) La prospettiva tradizionale della responsabilità civile in Italia (1865-1970 circa.)

La concezione o prospettiva tradizionale dell'istituto della responsabilità civile in Italia che ci interessa esaminare ora, inizia con il Codice Civile italiano del 1865 ed dura fino al suo capovolgimento, successo verso la fine degli anni sessanta, quindi, essendo già vigente l'attuale Codice Civile.

Innanzitutto, pertanto, partiamo dell'articolo chiave che trattava della responsabilità civile nell'abrogato Codice Civile italiano del 1865: l'art 1151,⁴⁰⁸ il quale, com'è noto, riproduceva le parole dell'art. 1382 del Codice Civile francese. In ragione di questa coincidenza tra la normativa francese e quella italiana,

⁴⁰⁵ BARCELLONA, Mario. *Corso di Diritto Civile. La responsabilità extracontrattuale*. Danno ingiusto e danno non patrimoniale. UTET: Torino, 2011. p.10.

⁴⁰⁶ BARCELLONA, Mario. *Corso di Diritto Civile. La responsabilità extracontrattuale*. Danno ingiusto e danno non patrimoniale. UTET: Torino, 2011.

⁴⁰⁷ Questi tre periodi che abbiamo identificato risultano, basicamente, dalla lettura di due opere: BARCELLONA, Mario. *Corso di Diritto Civile. La responsabilità extracontrattuale*. Danno ingiusto e danno non patrimoniale. UTET: Torino, 2011; ASTONE, Maria. *Danni non patrimoniali. Art. 2059*. In: Collana Il Codice Civile. Commentario. BUSNELLI, Francesco D. (diretto da). Giuffrè: Milano, 2012.

⁴⁰⁸ "Qualunque fatto dall'uomo che arreca danno ad altrui, obbliga quello per colpa del quale è avvenuto, a risarcire il danno".

conforme afferma Barcellona,⁴⁰⁹ nel corso dei primi 50 anni di vigenza del C.C. del 1865 l'interpretazione dell'art.1151 è stata effettuata, naturalmente, secondo i precetti sviluppati dalla dottrina francese, vale a dire, in base alla categoria dei danni risarcibili ex. art. 1151 era piuttosto ampia, estendendosi ad ogni tipo di danno, patrimoniali e non patrimoniali.⁴¹⁰

È interessante costatare, dunque, che il termine “danno morale” aveva, a quel epoca, il significato di danno non economico in generale, essendo generalmente usato come concetto negativo o residuale, ovvero, rientrava nel concetto di “danno non patrimoniale” tutto ciò che non riguardasse la sfera patrimoniale di un soggetto.⁴¹¹

Tuttavia, circa il primo decennio del Novecento, la giurisprudenza e dottrina italiane hanno cambiato radicalmente di posizione, manifestandosi per l'irrisarcibilità dei danni morali, poiché sarebbe contrario alla morale la conversione in denaro dei pregiudizi subiti nella sfera non patrimoniale, potendo essere ammesso il risarcimento di questi danni solo nel caso in cui si configurasse anche un danno patrimoniale da risarcire.⁴¹² Questo modo più rigido di interpretare l'art. 1151 fu contemporaneo al generale fenomeno di “irrigidimento dogmatico seguito al tramonto dell'influenza della scuola esegetica francese ed all'avvento dello stile sistematico tedesco.”⁴¹³

⁴⁰⁹ BARCELLONA, Mario. *Il danno non patrimoniale*. Giuffrè: Milano, 2008. p. 113.

⁴¹⁰ L'istituto della responsabilità civile in Francia, come è noto, è caratterizzato dalla atipicità dei danni risarcibili a causa dell'art.1382 del *Code Civil*, mentre altri ordinamenti come l'italiano e notoriamente il tedesco hanno scelto il sistema della tipicità dei danni risarcibili: “In definitiva, per la dottrina e la giurisprudenza francese, in base all'art. 1352 *code civil*, il risarcimento, quale forma di compensazione o di riparazione, poteva estendersi ad ogni tipologia di danni, sia dunque a quelli patrimoniali sia a quelli non patrimoniali e morali, dando luogo così ad una categoria di danni risarcibili piuttosto ampia. (...) L'ordinamento francese ha assunto, quindi, sin da subito una posizione favorevole al risarcimento dei danni morali, differenziandosi da altri successivi ordinamenti, quali quello tedesco e quello italiano.” In: ASTONE, Maria. *Danni non patrimoniali. Art. 2059*. In: Collana Il Codice Civile. Commentario. BUSNELLI, Francesco D. (diretto da). Giuffrè: Milano, 2012. p.09-10.

⁴¹¹ BARCELLONA, Mario. *Il danno non patrimoniale*. Giuffrè: Milano, 2008. p. 114. Dalla lettura di alcuni autori dell'inizio Novecento si attesta il pensiero comune all'epoca: l'espressione danno morale corrispondeva a danno non patrimoniale, e si definiva sempre in senso negativo rispetto al danno patrimoniale, come in questo passaggio di Filomusi Guelfi: “Il *danno morale* si contrappone al *danno patrimoniale*, e risponde alla lesione di diritti subiettivi, che non rientrano nella sfera di diritti patrimoniali. Nella serie dei danni morali vi han quelli che si connettono anche a danni patrimoniali, e che hanno una certa valutazione con criterii desunti per analogia da mancate aspettative di ordine economico. E la storia del concetto dei danni morali ci insegna, che così si affaccia per la prima volta il danno morale, nelle offese alla fama delle persone, ed all'onore delle donne.” FILOMUSI GUELFI, Francesco. *Enciclopedia Giuridica*. 4. ed. Cav. Nicola Jovene:Napoli, 1904. p.332.

⁴¹² BARCELLONA, Mario. *Il danno non patrimoniale*. Giuffrè: Milano, 2008. p. 115.

⁴¹³ BARCELLONA, Mario. *Corso di Diritto Civile. La responsabilità extracontrattuale*. Danno ingiusto e danno non patrimoniale. UTET: Torino, 2011. p. 07.

Oltre a ciò, conforme indica Astone, nonostante la possibilità di grande apertura applicativa dell'art. 1151, fu il concetto di patrimonio, intorno al quale era strutturato il Codice Civile del 1865, che costituì il punto di riferimento centrale per la responsabilità civile in quel periodo. Come risultato di questa nuova concezione il danno patrimoniale godeva di piena risarcibilità, mentre i danni non patrimoniali venivano risarciti soltanto quando portassero delle conseguenze patrimoniali rilevanti. Caso il danno colpisse soltanto la sfera personale, cagionando dolori, sofferenze o disagi, si riteneva che non poteva essere risarcito, poiché era impossibile di essere stimato economicamente.⁴¹⁴

Successivamente, nel 1930, viene editato il Codice Penale italiano, il quale introduce una innovazione in materia di responsabilità civile determinando, con il suo art. 185, che *“ogni reato che abbia cagionato un danno patrimoniale o non patrimoniale obbliga al risarcimento il colpevole e le persone che, a norma delle leggi civili, debbono rispondere per il fatto di lui”*.

Il linguaggio dell'art. 185 (innovativo rispetto al contenuto del anteriore art. 7 del Codice di procedura penale del 1913) essendo più chiaro e preciso, conferma la tendenza già esistente di considerare il danno morale/non patrimoniale residuale rispetto al danno patrimoniale,⁴¹⁵ ma, allo stesso tempo, evidenzia una modifica di non poca importanza: per la prima volta l'ordinamento faceva riferimento espresso alla locuzione “danno non patrimoniale”.

Dal 1930 fino al 1942, dunque, costituiva mandamento legale il risarcimento dei danni non patrimoniali conseguenti ad un illecito penale, non importando se tali pregiudizi stessero o no legati a perdite economiche. In ragione della modifica legislativa, la discussione della dottrina e giurisprudenza in questo periodo si è concentrata nel chiarire il rapporto tra il nuovo art. 185 c.p. e l'art. 1151 c.c.⁴¹⁶

In sostanza, dunque, come si presentava la questione del danno e della responsabilità civile nel periodo compreso tra il nuovo Codice Penale del 1930 e il Codice Civile del 1942? Barcellona ci spiega che la dottrina e giurisprudenza dell'epoca ritenevano che l'art. 1151 non racchiudeva in sé soltanto il risarcimento del danno patrimoniale ma anche permetterebbe il risarcimento del c.d. danno

⁴¹⁴ ASTONE, Maria. *Danni non patrimoniali. Art. 2059*. In: Collana Il Codice Civile. Commentario. BUSNELLI, Francesco D. (diretto da). Giuffrè: Milano, 2012. p.12-13.

⁴¹⁵ BARCELLONA, Mario. *Il danno non patrimoniale*. Giuffrè: Milano, 2008. p. 117.

⁴¹⁶ ASTONE, Maria. *Danni non patrimoniali. Art. 2059*. In: Collana Il Codice Civile. Commentario. BUSNELLI, Francesco D. (diretto da). Giuffrè: Milano, 2012. p. 17-18.

morale. Oltre a ciò, l'espressione "danno morale" aveva lo stesso significato generale della locuzione "danno non patrimoniale", e il suo concetto era definito sempre in senso negativo o residuale rispetto al danno patrimoniale. Il regime della responsabilità civile era, perciò, bipartito tra danni riconducibili o no alla patrimonialità. Con l'introduzione dell'art. 185 c.p., ancora secondo le conclusioni di Barcellona, le offese non patrimoniali cagionate in conseguenza di un reato dovevano essere risarcite, nonostante il ripudio e la ritenuta inopportunità morale di risarcire altri danni non patrimoniali non derivati da illeciti penali.⁴¹⁷

In base a questo quadro normativo il legislatore del Codice Civile del 1942 ha cercato di confermare la dualità tra danno morale e patrimoniale (questa volta facendo riferimento alla espressione "danno non patrimoniale"), interiorizzando questo dualismo nel Codice Civile. Con questa operazione l'art. 2043 dovrebbe essere integrato con la lettura dell'art. 2059, che a sua volta è considerato complementare.

l'art. 2043 indica il danno (e la sua 'ingiustizia') come elemento necessario della fattispecie di responsabilità e l'art. 2059, in modo assolutamente equiordinato, distingue tale elemento della fattispecie in danno patrimoniale e danno non patrimoniale per sancire l'ordinaria rilevanza aquiliana del primo e l'irrilevanza salvo eccezioni del secondo.⁴¹⁸

Il sistema delineato dal Codice civile del 1942 si fonda, dunque, sulla concezione dicotomica che distingue il danno patrimoniale (art. 2043) dal danno non patrimoniale (art. 2059) con l'importante precisazione secondo la quale il danno non patrimoniale potrebbe essere risarcito solo nei casi previsti dalla legge, mentre il danno patrimoniale trovava risarcimento garantito d'accordo con i requisiti dell'art. 2043.

Tenendo conto di questi profili e sviluppi normativi, possiamo intravedere che durante il periodo compreso tra il Codice Civile del 1865 fino agli anni cinquanta del Novecento, quando era già vigente il Codice del 1942, era operante una concezione tradizionale della responsabilità civile, ovvero, l'istituto era costruito intorno all'idea dell'illecito civile, essendone una fattispecie, conforme chiarisce Barcellona:

L'intera dogmatica dell'illecito si fondava sulla convinzione che la responsabilità civile – per come risultava disciplinata nell'art. 1151 c.c. ab. e, poi, nell'art. 2043 c.c. del'42 – fosse strutturata come un'ordinaria

⁴¹⁷ BARCELLONA, Mario. *Il danno non patrimoniale*. Giuffrè: Milano, 2008. p.117-118.

⁴¹⁸ BARCELLONA, Mario. *Il danno non patrimoniale*. Giuffrè: Milano, 2008. p. 118.

fattispecie giuridica, cioè come uno schema di fatto risultante di una somma di elementi precisi e distinti (...).⁴¹⁹

Così, molto semplicemente, dalla lettura congiunta degli art. 2043 e 2059 risultava il seguente schema, secondo la concezione tradizionale ora esposta: una volta presenti gli elementi precisamente determinati dalla fattispecie definita dall'art. 2043 (condotta illecita e colposa, danno e nesso di causalità tra condotta e danno) scattava la risposta giuridica dell'obbligo di risarcire. Il danno, come elemento necessario all'obbligo di risarcire, era concepito, sostanzialmente, come danno patrimoniale e antigiusuridico, ossia, si richiedeva che il danno fosse consistente in una perdita economica e caratterizzato dalla lesione ad un diritto soggettivo assoluto. Il danno non patrimoniale sarebbe meritevole di tutela giuridica soltanto nei casi determinati dalla legge, ex. art. 2059.

Dunque, si verifica che la responsabilità civile, in Italia, tra 1865 e circa 1960, obbediva allo schema della fattispecie, per cui il giudice eseguiva un giudizio di conformità del fatto concreto al fatto astratto previsto dalla norma applicabile e qualsiasi fatto che non rientrasse nelle ipotesi descritte dalla norma non potrebbe essere considerato meritevole di tutela giuridica. Così, se non si verificasse in concreto una condotta illecita e colposa che cagionasse un danno (patrimoniale e antigiusuridico), legati tra di loro per un nesso di causalità, non si potrebbe considerare applicabile l'art. 2043, in altre parole, in questo caso il rimedio aquiliano non sarebbe impiegabile.

Non ci sono dubbi, e la storia dell'evoluzione della responsabilità civile ce lo dimostra, che lo schema della fattispecie non funzionava sempre alla perfezione, poiché tanti tipi di danni non rientravano negli stretti confini della fattispecie determinata dal Codice. Lesioni del credito, perdita di *chances*, danni da false informazioni, conforme elenca Barcellona,⁴²⁰ costringevano il sistema giuridico a trovare altre soluzioni data la insufficienza della fattispecie composta dagli art. 2043 e 2059.

Siccome una riforma del testo del Codice Civile non era né considerata neppure voluta, la dottrina e la giurisprudenza italiane hanno dovuto, a partire della fine degli anni 60, cambiare il modello di riferimento della comprensione

⁴¹⁹ BARCELLONA, Mario. *Corso di Diritto Civile. La responsabilità extracontrattuale*. Danno ingiusto e danno non patrimoniale. UTET: Torino, 2011. p. 04-05.

⁴²⁰ BARCELLONA, Mario. *Corso di Diritto Civile. La responsabilità extracontrattuale*. Danno ingiusto e danno non patrimoniale. UTET: Torino, 2011. p. 07.

dell'art.2043, passando dalla tradizionale e ormai troppo stretto modello della fattispecie di illecito alla reinterpretazione dell'art. 2043 come clausola generale di responsabilità civile.⁴²¹

(b) il periodo del capovolgimento della concezione tradizionale: i testi fondamentali degli anni cinquanta e sessanta.

Dall'analisi dei testi pubblicati sulla responsabilità civile in Italia negli anni cinquanta e sessanta del Novecento non è difficile verificare le basi per il cambiamento di prospettiva che abbiamo segnalato sopra. Con questo obbiettivo, esamineremo ora l'idee presenti in quattro importanti testi pubblicati tra 1957 e 1964 che hanno rivoluzionato i confini della responsabilità civile extracontrattuale in Italia, poiché hanno reinterpretato i concetti di atto illecito e danno ingiusto dell'art. 2043. Procederemo tale esame in base all'ordine cronologico delle pubblicazioni.

Dunque, la concezione secondo la quale la responsabilità civile costituirebbe una fattispecie di illecito civile precisamente disegnata dal Codice comincia ad essere smantellata già nella fine degli anni cinquanta con la voce "Responsabilità civile" di Renato Scognamiglio nel Nuovissimo Digesto Italiano.⁴²²

Scognamiglio riferisce in questo testo che all'epoca prevaleva la nozione di responsabilità civile come inseparabile dall'idea di illecito o violazione di un dovere di condotta.⁴²³ Però, secondo l'autore, tale collegamento sarebbe infondato per una serie di motivi, tra i cui l'esistenza di altre diverse fattispecie di responsabilità all'interno del diritto civile in cui il soggetto è tenuto al risarcimento non in ragione di una sua azione antiggiuridica, ma in dipendenza di rapporti con altre persone o dei rapporti con cose e animali (la responsabilità per fatto altrui, della cosa, dell'animale, per rovina dell'edificio).⁴²⁴

Per Scognamiglio, dunque, se la prospettiva soggettivistica della responsabilità civile come illecito è oggetto di molte obiezioni, bisognerebbe proporre un'altro profilo su cui basare la risposata dell'ordinamento al

⁴²¹ BARCELLONA, Mario. *Corso di Diritto Civile. La responsabilità extracontrattuale*. Danno ingiusto e danno non patrimoniale. UTET: Torino, 2011. p. 09-11. *passim*

⁴²² SCOGNAMIGLIO, Renato. Responsabilità civile. In: *Nuovissimo Digesto Italiano*, vol. XV, 1957. p.628-657.

⁴²³ SCOGNAMIGLIO, Renato. Responsabilità civile. In: *Nuovissimo Digesto Italiano*, vol. XV, 1957. p. 637.

⁴²⁴ SCOGNAMIGLIO, Renato. Responsabilità civile. In: *Nuovissimo Digesto Italiano*, vol. XV, 1957. p. 638.

cagionamento di danni. E l'autore lo propone nel rispetto del seguente ragionamento: se si ritiene che la ricorrenza del danno costituisce il dato primordiale della responsabilità civile, tale danno deve essere reputato rilevante dall'ordinamento, ovvero, deve essere un danno ingiusto:

In definitiva la responsabilità civile può bene definirsi nei termini della reazione che il diritto appresta avverso il danno ingiusto imponendo a chi vi ha dato causa l'obbligo di risarcirlo.⁴²⁵

Dalla configurazione della responsabilità civile sotto la specie del fatto illecito alla concezione della responsabilità come strumento di reazione del danno ingiusto, questa è la svolta proposta da Scognamiglio nel 1957.

Piero Schlesinger, in saggio pubblicato nel 1960,⁴²⁶ sembra di condividere lo ragionamento svolto da Scognamiglio tre anni prima, difendendo una alterazione del modello di riferimento della responsabilità civile ex. 2043 tramite il passaggio dall'illecito al danno ingiusto.

Infatti, Schlesinger ritiene che è sbagliato concepire l'art. 2043 c.c. come una norma di tipo secondario o sancionatorio, nel senso che l'art. 2043 costituirebbe la norma da applicare per comminare conseguenze giuridiche sfavorevoli a carico di chi abbia violato (tramite una condotta colposa o dolosa) dei doveri già autonomamente predisposti da altre disposizioni di legge. Non basterebbe, perciò, la contrarietà generale ad una qualsiasi disposizione di legge, ma la violazione di una norma specificamente. E quali erano considerati i doveri già espressamente tutelati dal ordinamento? I diritti soggettivi assoluti, la cui lesione implica anche una violazione di una norma dell'ordinamento.⁴²⁷

Se si considera la regola dell'art. 2043 come secondaria, ragiona Schlesinger, il requisito dell'ingiustizia del danno non possiede un valore autonomo, ma raffigura soltanto un altro criterio formale di rinvio ad altre norme dell'ordinamento "alla cui violazione, attraverso la conseguente qualifica dell'antigiuridicità, sarebbe condizionato l'obbligo del risarcimento."⁴²⁸

⁴²⁵ SCOGNAMIGLIO, Renato. Responsabilità civile. In: *Nuovissimo Digesto Italiano*, vol. XV, 1957. p. 638.

⁴²⁶ SCHLESINGER, Piero. La "ingiustizia" del danno nell'illecito civile. In: *JUS Rivista di Scienze Giuridiche*. anno XI, marzo 1960, fasc. I. p. 336-347.

⁴²⁷ SCHLESINGER, Piero. La "ingiustizia" del danno nell'illecito civile. In: *JUS Rivista di Scienze Giuridiche*. anno XI, marzo 1960, fasc. I. p. 337.

⁴²⁸ SCHLESINGER, Piero. La "ingiustizia" del danno nell'illecito civile. In: *JUS Rivista di Scienze Giuridiche*. anno XI, marzo 1960, fasc. I. p. 337. E continua l'autore: "Attribuire al requisito dell'ingiustizia il semplice valore di un criterio formale di rinvio alle varie figure di illecito previste dal complesso dell'ordinamento significa, per di più, presupporre una completezza del sistema

Secondo l'autore, dunque, la norma dell'art. 2043 dovrebbe essere intesa come norma di carattere primario, "dalla quale siano desumibili *nuovi* doveri di condotta"⁴²⁹ e non solo i doveri rientranti alla categoria del diritto soggettivo assoluto. E il carattere primario dell'art. 2043 si ricava dal fatto che questa norma, all'avviso dell'autore, inserisce nell'ordinamento italiano il dovere fondamentale di *alterum non laedere*, corrispondendo al generalissimo dovere di non cagionare danni agli altri.

Tale dovere generale - e qui troviamo il punto centrale del ragionamento di Schlesinger - deve essere considerato come svincolato da previsioni specifiche e ristrette di fattispecie di illecito, in modo che sia possibile allargare le possibilità di risarcimento ad ogni tipo di interesse meritevole di tutela.⁴³⁰ Il tradizionale requisito dell'ingiustizia del danno deve essere inteso, dunque, non nel senso *contra ius* (ossia, di contrarietà ad un diritto o interesse del danneggiato protetto dall'ordinamento) ma nel suo senso *non iure*, "di assenza di diritto del danneggiante al compimento dell'atto che ha causato il danno".⁴³¹

Altro autore che con un suo saggio del 1960 ha proposto il rovesciamento della tradizionale dottrina della responsabilità civile intesa come fattispecie dell'illecito civile fu Rodolfo Sacco.⁴³² Secondo Sacco, non sembra sostenibile che la definizione dell'illecito risarcibile si riduca alle fattispecie previste testualmente dalla legge, come la lesione dei diritti della personalità o dei diritti reali (intesi come diritti soggettivi assoluti) o ancora nei danni derivati da reati, ex. art. 2059.⁴³³

Ma dei quattro testi che abbiamo voluto analizzare, l'ultimo, anche in ordine cronologica, si mostra il più completo e se si può dire, il più significativo e influente di questa stagione "rivoluzionaria" della civilistica italiana. Stiamo parlando dell'opera "Il problema della responsabilità civile" di Stefano Rodotà, pubblicata nel 1964.⁴³⁴

legislativo, nel senso che ogni interesse meritevole di tutela sarebbe già oggetto di specifica protezione: completezza che rappresenta in irraggiungibile ideale (...)”p. 340.

⁴²⁹ SCHLESINGER, Piero. La "ingiustizia" del danno nell'illecito civile. In: *JUS Rivista di Scienze Giuridiche*. anno XI, marzo 1960, fasc. I. p. 337.

⁴³⁰ SCHLESINGER, Piero. La "ingiustizia" del danno nell'illecito civile. In: *JUS Rivista di Scienze Giuridiche*. anno XI, marzo 1960, fasc. I. p. 342.

⁴³¹ SCHLESINGER, Piero. La "ingiustizia" del danno nell'illecito civile. In: *JUS Rivista di Scienze Giuridiche*. anno XI, marzo 1960, fasc. I. p. 343.

⁴³² SACCO, Rodolfo. L'ingiustizia di cui all'art. 2043. In: *Il Foro Padano*. vol. XV, 1960. p.1420-1442.

⁴³³ SACCO, Rodolfo. L'ingiustizia di cui all'art. 2043. In: *Il Foro Padano*. vol. XV, 1960. p.1439.

⁴³⁴ RODOTÀ, Stefano. *Il problema della responsabilità civile*. Milano: Giuffrè, 1964.

Rodotà rinnova le critiche fatte dai suoi colleghi Sacco, Scognamiglio e Schlesinger – i loro testi vengono riferiti e citati testualmente parecchie volte – per cui la costruzione del danno ingiusto sotto il profilo della violazione del diritto soggettivo è insoddisfacente, costituendo un ostacolo alla tutela di nuovi bisogni o interessi, che “il mutare delle condizioni di vita continuamente propone e per le quali non sempre si ha un immediato o tempestivo intervento del legislatore.”⁴³⁵

L'autore, diversamente da quanto fatto da Scognamiglio e da Schlesinger, basa la sua analisi sul principio della solidarietà e anche sull'applicabilità delle norme costituzionali in materia privatistica, tutte e due schemi rappresentano, senza dubbi, dei percorsi davvero all'avanguardia. In sostanza, Rodotà dimostra che il principio della solidarietà, piuttosto che quello dell'*alterum non laedere*, che si trova, secondo lui, implicito nel Codice Civile italiano, implica la necessità di leggere l'espressione “ingiustizia” come clausola generale, capace di consentire la riparazione di ogni danno provocato in violazione dell'principio di solidarietà. In questo senso, dunque, non sarebbe necessaria la tipizzazione legislativa di ogni comportamento dannoso.⁴³⁶

Il principio della solidarietà attuerebbe come limite applicabile non soltanto per i rapporti giuridici già definiti, ma anche per i singoli soggetti in quanto membri della medesima comunità giuridica.⁴³⁷ Questo ragionamento viene rafforzato dal fatto che il principio di solidarietà è anche trattato all'interno della Costituzione (art. 2 e 41) fatto che, secondo l'autore, non può essere trascurato dato che l'entrata in vigore della Costituzione repubblicana ha cambiato profondamente il sistema delle fonti del diritto. A suo avviso, dunque, il ricorso costituzionale esplicito al principio della solidarietà, anche se espresso in maniera generale, può essere esteso alle situazioni particolari, come i rapporti di diritto privato, creando specifici doveri di solidarietà.⁴³⁸

Dunque, per chiudere il discorso, si può affermare che il pensiero di Rodotà è marcato innanzitutto dalla ben definita opposizione a riconoscere all'illecito civile un carattere tipico (di lesione a diritto soggettivo assoluto) e sanzionario, in base ad una norma di tipo secondario. L'illecito, invece, avrebbe una funzione compensativa, che opera secondo lo schema della clausola generale del danno

⁴³⁵ RODOTÀ, Stefano. *Il problema della responsabilità civile*. Milano: Giuffrè, 1964. p.187.

⁴³⁶ RODOTÀ, Stefano. *Il problema della responsabilità civile*. Milano: Giuffrè, 1964. p.89 e ss.

⁴³⁷ RODOTÀ, Stefano. *Il problema della responsabilità civile*. Milano: Giuffrè, 1964. p.89.

⁴³⁸ RODOTÀ, Stefano. *Il problema della responsabilità civile*. Milano: Giuffrè, 1964. p.104.

ingiusto (l'art. 2043 c.c.), la quale offre una protezione molto più ampia rispetto agli schemi tradizionali: si tutela ogni interesse meritevole di protezione giuridica. La ampiezza dell'ingiustizia del danno è collegata al principio di solidarietà presente nel Codice Civile italiano e nella Costituzione. In riassunto:

Ad una piena comprensione del sistema della responsabilità civile, però, si giunge, solo quando si considera che la concreta operatività del principio di solidarietà è legata ad un requisito previsto dall'art. 2043: e questo requisito è, appunto, l'ingiustizia del danno.⁴³⁹

Gli scritti sulla responsabilità civile degli anni sessanta in Italia, dei quali appena abbiamo fatto un riassunto brevissimo, hanno aperto la strada alla rilettura della regola generale dell'art. 2043 e del suo requisito di ingiustizia del danno, provocando un radicale capovolgimento dell'istituto della responsabilità civile, conforme affermato da Salvi, in saggio del 1983:

Il rinnovamento degli studi sulla responsabilità civile, avvenuto in Italia negli anni'60, pressupponeva un'idea tanto unitaria e sostanzialmente semplice, quanto profondamente innovativa, della funzione dell'istituto. La revisione delle nozioni di ingiustizia e di patrimonialità del danno; la critica del primato della colpa a favore della pari dignità formale di una pluralità di criteri di imputazione; la netta distinzione tra le categorie di illecito e di fatto dannoso, concorrevano non ad un mero aggiornamento delle visioni correnti, ma ad un radicale capovolgimento di esse.⁴⁴⁰

Barcellona riassume la vicenda affermando che il fenomeno sottostante al "radicale capovolgimento" della responsabilità civile si trova nel fatto che era in corso un cambiamento della funzione stessa della responsabilità, poiché mentre nella concezione tradizionale il necessario riferimento all'illecito e alle sue specie tipiche dava alla responsabilità civile un carattere *secondario o sanzionatorio*, per la concezione nuova, invece, considerare l'art. 2043 come clausola generale di responsabilità implica accettare l'atipicità dei danni tutelabili, dando all'istituto un carattere primario o attributivo.⁴⁴¹

Ancora secondo Salvi, gli scritti di Rodotà e Scognamiglio hanno inaugurato una "stagione felice della nostra civilistica".⁴⁴² Però questo rinnovamento degli anni sessanta, basato sull'idea che la riparazione di ogni danno e l'attenzione per

⁴³⁹ RODOTÀ, Stefano. *Il problema della responsabilità civile*. Milano: Giuffrè, 1964. p.107.

⁴⁴⁰ SALVI, Cesare. Il paradosso della responsabilità civile. In: *Rivista Critica del Diritto Privato*. anno I, n.1, marzo 1983, p. 123-163. p.123/124.

⁴⁴¹ BARCELLONA, Mario. *Corso di Diritto Civile. La responsabilità extracontrattuale*. Danno ingiusto e danno non patrimoniale. UTET: Torino, 2011. p. 17.

⁴⁴² SALVI, Cesare. Il paradosso della responsabilità civile. In: *Rivista Critica del Diritto Privato*. anno I, n.1, marzo 1983, p. 123-163. p.124.

la vittima esauriscono le ragioni d'essere della responsabilità civile, costituisce il punto centrale delle incertezze che hanno portato ad un complesso processo di "crisi" della responsabilità civile.⁴⁴³

E questa crisi fu determinata da un eccesso di "input", da una vera "esplosione quantitativa" dei possibili danni risarcibili,⁴⁴⁴ e la categoria che maggiormente fu colpita da questo incremento vertiginoso di possibilità di tutela è giustamente la categoria del danno non patrimoniale risarcibile.

Va osservato, dunque, che la strada aperta dalla rivoluzionaria dottrina italiana degli anni sessanta non sarebbe arrivata da nessuna parte se non ci fosse stato un cambiamento della posizione giurisprudenziale a riguardo. Infatti, siccome non era assolutamente prevista la possibilità del cambiamento della legge, ovvero, il cambiamento del sistema di responsabilità civile basato sugli art. 2043 e 2059 del Codice del 42, la creativa dottrina degli anni sessanta ha introdotto i primi accenni per un cambiamento della disciplina della responsabilità civile, mentre spettò ai tribunali rendere concreta e tangibile la reale evoluzione della materia.

Tenendo conto di questa particolarità del diritto italiano, passiamo al periodo successivo della nostra analisi, cioè il periodo che abbiamo nominato "periodo della creazione giurisprudenziale".

(c) Il periodo della creazione giurisprudenziale: danno alla vita di relazione, danno biologico, alla salute e esistenziali.

L'innovativa ricostruzione dogmatica operata dalla dottrina italiana degli anni sessanta inizialmente non trova riscontro immediato dei tribunali. In principio la giurisprudenza (e anche parte della dottrina) ha concepito delle "ortopedie interpretative"⁴⁴⁵ per tentare di salvare il paradigma tradizionale della responsabilità civile quale sanzione civile fronte la violazione di specifici divieti dell'ordinamento. Queste ortopedie consistevano, basicamente, nella dilatazione dello schema del diritto assoluto (per farci entrare "nuovi" diritti soggettivi assoluti considerati meritevoli di tutela o prospettati di una "tutela esterna" dei diritti relativi di credito) oppure nella sostituzione graduale della tradizionale concezione

⁴⁴³ SALVI, Cesare. Il paradosso della responsabilità civile. In: *Rivista Critica del Diritto Privato*. anno I, n.1, marzo 1983, p. 123-163. p.126.

⁴⁴⁴ SALVI, Cesare. Il paradosso della responsabilità civile. In: *Rivista Critica del Diritto Privato*. anno I, n.1, marzo 1983, p. 123-163. p.128.

⁴⁴⁵ L'espressione è di: BARCELLONA, Mario. Corso di Diritto Civile. La responsabilità extracontrattuale. Danno ingiusto e danno non patrimoniale. UTET: Torino, 2011. p. 10.

soggettiva di responsabilità civile per condotta colpa per una nozione sempre più oggettiva della responsabilità.⁴⁴⁶

In questo senso, siccome l'innovativa giurisprudenza italiana dagli anni settanta in poi ha svolto un ruolo di protagonismo per gli sviluppi della materia è necessario procedere un riassunto delle sentenze più importanti degli ultimi decenni. Gli interventi giurisprudenziali che costituiscono, ognuno a modo suo, le diverse svolte dell'evoluzione del concetto stesso del danno non patrimoniale in Italia sono notori e sono stati oggetti di accurata riflessione e considerazione da vasta dottrina italiana. Abbiamo selezionato i principali testi della dottrina⁴⁴⁷ che hanno esaminato le sentenze di rilievo e sulla base delle sue conclusioni esponiamo, in maniera molto riassunta, le principali decisioni che hanno determinato l'evoluzione interpretativa della nozione di *danno ingiusto*, ex. l'art. 2043, tramite l'uso della normativa costituzionale.

Allora, relativamente al risarcimento dei danni non patrimoniali l'unica regola presente nel Codice Civile italiano che faceva riferimento a questo tipo di pregiudizio era quella dell'art. 2059. E trattasi, come è noto, di una regola di carattere restrittivo, poiché limita il risarcimento del danno non patrimoniale (anche detto morale⁴⁴⁸) "*solo nei casi determinati dalla legge*", rinviando testualmente alle disposizioni di legge: l'art. 185 c.p.⁴⁴⁹ e gli art. 89⁴⁵⁰ e 120⁴⁵¹ c.p.c.

⁴⁴⁶ L'espressione è di: BARCELLONA, Mario. Corso di Diritto Civile. La responsabilità extracontrattuale. Danno ingiusto e danno non patrimoniale. UTET: Torino, 2011. p. 10.

⁴⁴⁷ BARCELLONA, Mario. Corso di Diritto Civile. La responsabilità extracontrattuale. Danno ingiusto e danno non patrimoniale. UTET: Torino, 2011; ASTONE, Maria. *Danni non patrimoniali. Art. 2059*. In: Collana Il Codice Civile. Commentario. BUSNELLI, Francesco D. (diretto da). Giuffrè: Milano, 2012; ZIVIZ, Patrizia. *Il danno non patrimoniale. Evoluzione del sistema risarcitorio*. Milano: Giuffrè, 2011; PONZANELLI, Giulio (a cura di). *Il 'nuovo' danno non patrimoniale*. Padova: CEDAM, 2004.; BUSSANI, Mauro (a cura di). *La responsabilità civile nella giurisprudenza costituzionale*. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 2006.

⁴⁴⁸ Il danno non patrimoniale di cui l'art. 2059 era inteso come danno morale soggettivo, conforme ci spiega Bianca: "In passato la nozione di danno non patrimoniale era ristretta alla figura tradizionale del danno morale, inteso come sofferenza psichica o patema d'animo. Si parla al riguardo di danno morale soggettivo. L'area del danno non patrimoniale si è poi estesa in quanto al danno morale soggettivo si è aggiunta la figura del danno alla persona, consistente nella lesione degli interessi essenziali della persona costituzionalmente tutelati." BIANCA, C. Massimo. *Diritto Civile. La responsabilità*. vol. V. 2.ed. Milano: Giuffrè, 2012. p.189.

⁴⁴⁹ Art. 185. (Restituzioni e risarcimento del danno).. Ogni reato obbliga alle restituzioni a norma delle leggi civili. Ogni reato, che abbia cagionato un danno patrimoniale o non patrimoniale, obbliga al risarcimento il colpevole e le persone che, a norma delle leggi civili, debbono rispondere per il fatto di lui.

⁴⁵⁰ Art. 89. (Espressioni sconvenienti od offensive): Negli scritti presentati e nei discorsi pronunciati davanti al giudice, le parti e i loro difensori non debbono usare espressioni sconvenienti od offensive. Il giudice, in ogni stato dell'istruzione, può disporre con ordinanza che si cancellino le espressioni sconvenienti od offensive, e, con la sentenza che decide la causa, può inoltre assegnare alla persona offesa una somma a titolo di risarcimento del danno anche non patrimoniale sofferto, quando le espressioni offensive non riguardano l'oggetto della causa.

Questa norma, così limitante, inizialmente è stata applicata dalla giurisprudenza ed interpretata dalla Corte Costituzionale in maniera ugualmente ristretta, per risarcire i pregiudizi costituiti dalla sofferenza che subisce la vittima in presenza di un reato (art. 185 c.p.). In ragione di tale “strettezza” imposta dall’art. 2059, la giurisprudenza ha dovuto consentire la dilatazione della portata dell’art. 2043 c.c., realizzata, appunto, mediante una lettura più ampia della nozione di danno ingiusto.⁴⁵² In parole semplici: se da un lato l’art. 2059 non permetteva una interpretazione più aperta e coinvolgente dei danni non patrimoniali risarcibili l’unica via d’uscita era reinterpretare il significato dell’art. 2043, cambiando l’impostazione finora vigente, ossia, l’ingiustizia doveva intendersi riferita al danno e non al fatto.

L’esigenza di una maggiore tutela della persona umana nell’ambito del diritto civile era già stata sentita dalla giurisprudenza italiana negli anni successivi all’entrata in vigore del Codice Civile, fatto che si può comprovare dalla creazione di due tipi di danni di carattere non patrimoniale che non trovavano protezione espressa nell’ordinamento giuridico: il danno alla vita di relazione e il danno estetico.

Il danno alla vita di relazione si sviluppò, nel periodo postcodice, in due tipi: quello esclusivamente incidente sulla sfera fisico-psichica della persona e quello che determinasse un pregiudizio della capacità lavorativa del danneggiato.⁴⁵³ In questo senso, la giurisprudenza dell’epoca ha dovuto giocare con i due articoli del Codice che determinavano il risarcimento dei danni (art. 2043 e 2059) per poter risarcire i danni alla persona relativi alla sfera fisica e psichica del soggetto (collegando questo tipo di danno al danno morale soggettivo derivato da reato) e anche risarcire i danni cagionati diretta o indirettamente dalla menomazione della capacità lavorativa, ricondotto all’art. 2043.⁴⁵⁴ Si percepisce, dunque, che il collegamento con la sfera patrimoniale rappresentata dal requisito della

⁴⁵¹ Art. 120 (Pubblicità della sentenza): Nei casi in cui la pubblicità della decisione di merito può contribuire a riparare il danno, il giudice, su istanza di parte, può ordinarla a cura e spese del soccombente, mediante inserzione per estratto in uno o più giornali da lui designati.

⁴⁵² In questo senso, vediamo alcuni esempi di provvedimenti giurisprudenziali che hanno allargato i confini dell’ingiustizia del danno per tutelare i diritti relativi (Cass., S.U., 26 gennaio 1971, n. 174, in *Giur.it.* 1971, 1, 680), il danno alla salute (Corte Cost., 14 luglio 1986 n. 184), gli interessi legittimi (Cass., S.U., 22 luglio 1999, n. 500) e la perdita di *chances* (Cfr. Cass., 4 marzo 2004, n. 4400).

⁴⁵³ ASTONE, Maria. *Danni non patrimoniali. Art. 2059*. In: Collana Il Codice Civile. Commentario. BUSNELLI, Francesco D. (diretto da). Giuffrè: Milano, 2012. p. 72 ss.

⁴⁵⁴ ASTONE, Maria. *Danni non patrimoniali. Art. 2059*. In: Collana Il Codice Civile. Commentario. BUSNELLI, Francesco D. (diretto da). Giuffrè: Milano, 2012. p. 73.

diminuzione della capacità lavorativa aveva ancora un certo rilievo per il risarcimento.

Ma, conforme afferma Astone, non era più accettabile che la tutela dei danni recati alla persona si limitasse soltanto alle ipotesi in cui si verificasse la produzione di conseguenze economicamente valutabili, conforme la giurisprudenza del danno alla vita di relazione aveva edificato. Si possono allegare molti motivi per cui i tribunali italiani hanno cambiato posizione⁴⁵⁵ provocando, nell'ambito dei casi concreti, la stessa "rivoluzione" realizzata dalla dottrina degli anni sessanta. Il fatto è che si osserva un incremento della consapevolezza che il danno alla persona dovrebbe essere risarcito indipendentemente dai profili patrimoniali conseguenti all'illecito.

Il punto di partenza di questo processo di rinnovamento giurisprudenziale risale alle sentenze del Tribunale di Genova nel 1974⁴⁵⁶ e del Tribunale di Pisa del 1979.⁴⁵⁷ La sentenza di Genova dà inizio ad una reinterpretazione del sistema di responsabilità civile italiano poiché determina che qualsiasi danno alla salute, in quanto diritto protetto dalle norme costituzionale, configura una specie di danno ingiusto, ex. art. 2043, avendo luogo il suo risarcimento. È considerata una decisione pioniera perché per la prima volta in ambito giudiziale si ammette la piena risarcibilità del *danno biologico*, inteso come danno conseguente alla lesione dell'integrità fisica.

Pochi anni dopo, nel 1979, la questione fu sottoposta all'esame della Corte Costituzionale, la quale con la sentenza n.88⁴⁵⁸ valuta la costituzionalità del sistema risarcitorio fondato sugli art. 2043 (danno patrimoniale) e 2059 (danno morale) del Codice Civile. La Corte ha dovuto affrontare la seguente questione: l'art. 2043 c.c., in quanto non protettivo del danno alla salute, violava la vigenza degli art. 3, 24 e 32 della Costituzione?

La risposta della Corte fu quella di considerare il bene salute - protetto dall'art. 32 Cost. - un diritto fondamentale dell'individuo che si mostra pienamente operante nei rapporti tra i singoli privati, il quale, però, non rientra l'ambito di

⁴⁵⁵ Astone indica due fattori: "il passaggio da una concezione patrimonialistica e produttivistica dell'ordinamento giuridico ad un sistema di valori costituzionali, caratterizzato dal ruolo apicale assunto dalla persona umana; l'ampliarsi dei fatti lesivi dei diritti della persona." ASTONE, Maria. *Danni non patrimoniali. Art. 2059*. In: Collana Il Codice Civile. Commentario. BUSNELLI, Francesco D. (diretto da). Giuffrè: Milano, 2012. p. 74.

⁴⁵⁶ Tribunale di Genova, 25 maggio 1974, in: Giur. it., 1975, I, 2, p.54

⁴⁵⁷ Tribunale di Pisa 10 marzo 1979, in: Resp. Civ. Prev., 1979.

⁴⁵⁸ Corte Cost. 26 luglio 1979, n.88.

applicazione dell'art. 2043, come si potrebbe immaginare. La Corte riconduce l'ipotesi di danno alla salute (intesa come lesione di situazione giuridica tutelata dalla Costituzione) nell'ambito di previsione dell'art. 2059 c.c. aggiungendo che il risarcimento di questi danni è condizionato dalla occorrenza di un reato. Per la decisione l'espressione "danno non patrimoniale", adottata dal legislatore nell'art. 2059, è talmente ampia da poter essere estesa a qualsiasi pregiudizio che si contrapponga, in via negativa, a quello patrimoniale (a sua volta tutelato dall'art. 2043). In questo modo, l'ambito di applicazione dell'art. 2059 c.c. e dell'art. 185 c.p. comprendere ogni danno non suscettibile direttamente di valutazione economica, compreso quello alla salute. Va osservato, dunque, che il merito di questa sentenza si trova nel ritenere il danno alla salute quale danno autonomo e diverso dal danno morale soggettivo puro ugualmente trattato dall'art. 2059.

Però, come è ben noto, l'evoluzione del quadro giurisprudenziale dei danni non patrimoniali si trovava solo all'inizio. La svolta successiva della sempre creativa giurisprudenza italiana ebbe luogo nel 1984 con la sentenza n.184 della Corte Costituzionale, conosciuta come sentenza Dell'Andro.⁴⁵⁹ Questa volta la Corte

rigetta la questione di legittimità costituzionale dell'art.2059 c.c. e, in adesione agli orientamenti espressi dalla giurisprudenza della Cassazione, riconosce il diritto al risarcimento del danno conseguente alla violazione del diritto alla salute sulla base dell'art. 2043 c.c. in relazione all'art. 32 Cost.⁴⁶⁰

Perché questa sentenza della Corte Costituzionale è considerata così importante se a prima vista sembra di costituire soltanto uno dei tanti rovesciamenti proposti in materia di responsabilità civile dai tribunali italiani? Sua rilevanza consiste nel fatto che le sue conclusioni hanno impostato gli sviluppi della materia durante i successivi venti anni circa, quando un nuovo posizionamento giurisprudenziale, del 2003, sovverte ancora una volta l'ordine vigente.

Conforme abbiamo già riferito, la sentenza n. 184 del 1986 propone che il risarcimento del danno conseguente alla violazione del diritto alla salute (art. 32 Cost.) sia ricondotto all'ambito operativo dell'art. 2043 c.c. E questa proposta, si

⁴⁵⁹ Corte Cost. 14 luglio 1986, n.184.

⁴⁶⁰ ASTONE, Maria. *Danni non patrimoniali. Art. 2059*. In: Collana Il Codice Civile. Commentario. BUSNELLI, Francesco D. (diretto da). Giuffrè: Milano, 2012. p. 82.

suddivide fundamentalmente in due conclusioni, secondo Astone,⁴⁶¹ la necessità di una rilettura costituzionale dell'art. 2043 c.c. e della clausola generale del danno ingiusto e il mantenimento di una interpretazione restrittiva dell'art. 2059 c.c.

La rilettura dell'art. 2043 c.c., consiste nel considerarlo come norma in bianco, di carattere secondario, il cui contenuto deve essere colmato da una norma di carattere primario, quale l'art. 32 della Carta Costituzionale. Questa caratteristica di norma secondaria o in bianco fa sì che l'art. 2043 comprenda non solo il risarcimento dei danni patrimoniali, ma di tutti i danni che ostacolano le attività realizzatrici della persona umana e che trovano riscontro nei valori costituzionalmente protetti. Una lettura costituzionalmente orientata dell'art. 2043 diventa, quindi, il fulcro di una progressiva estensione delle voci di danno tutelabili dall'ordinamento.⁴⁶²

Un'altra impostazione importante compiuta dalla sentenza fu l'introduzione in ambito civilistico della distinzione tra danno evento e danno conseguenza. Secondo la Corte il danno biologico conseguente alla lesione del diritto alla salute costituisce danno-evento, mentre i danni patrimoniali e morale soggettivo sono danni-conseguenza.⁴⁶³

Per quanto riguarda questa divisione tra danni eventi e danni conseguenza, un altro segno della portata storica di questa sentenza si ricava dal superamento della tradizionale bipartizione della responsabilità civile tra danno patrimoniale e danno non patrimoniale. La Corte introduce una tripartizione del sistema di responsabilità civile, diviso in tre voci: danno morale soggettivo, danno

⁴⁶¹ ASTONE, Maria. *Danni non patrimoniali. Art. 2059*. In: Collana Il Codice Civile. Commentario. BUSNELLI, Francesco D. (diretto da). Giuffrè: Milano, 2012. p. 82.

⁴⁶² FANELLI, Lorena. La seconda stagione del danno non patrimoniale (1975-1995): il 'trionfo' del danno biologico. In: *Il 'nuovo' danno non patrimoniale*. PONZANELLI, Giulio (a cura di). Padova: CEDAM, 2004. p. 25.

⁴⁶³ Riproduciamo ora un tratto della sentenza n. 184 che chiarisce i criteri di divisione tra danni eventi e danni conseguenza: "Il *danno morale subiettivo*, che si sostanzia nel transeunte turbamento psicologico del soggetto offeso, è *danno-conseguenza*, in senso proprio, del fatto illecito lesivo della salute e costituisce, quando esiste, condizione di risarcibilità del medesimo; il *danno biologico* è, invece, l'evento, interno al fatto lesivo della salute, deve necessariamente esistere ed essere provato, non potendosi avere rilevanza delle eventuali conseguenze esterne all'intero fatto (morali o patrimoniali) senza la completa realizzazione di quest'ultimo, ivi compreso, ovviamente, l'evento della menomazione dell'integrità psico-fisica del soggetto offeso. Il danno-biologico (o fisiologico) è danno specifico, è un tipo di danno, identificandosi con un tipo di evento. Il danno morale subiettivo è, invece, un genere di danno-conseguenza, che può derivare da una serie numerosa di tipi di evento; così come genere di *danno-conseguenza*, condizione obiettiva di risarcibilità, è il danno patrimoniale, che, a sua volta, può derivare da diversi eventi tipici." Corsivi nostri. Corte Cost. 14 luglio 1986, n.184.

patrimoniale e danno biologico, inteso come *tertium genus*, come voce autonoma di danno.⁴⁶⁴

Una ultima indicazione sull'importanza storica della sentenza n. 184: per la prima volta all'art. 2043 è attribuita una funzione di clausola generale in ragione del necessario collegamento di questa norma e dei diritti tutelati dalla Costituzione, mettendo in pratica, anche se non esattamente, le teorie della "rivoluzionaria" dottrina civilistica degli anni sessanta di cui abbiamo fatto cenno prima. Ugualmente, per la prima volta, viene utilizzata l'espressione "danni biologici", la quale, negli anni successivi alla sentenza n. 184, sperimenta una forte dilatazione, un riconoscimento sempre più vasto e diffuso del suo contenuto.

Il sistema Dell'Andro, come denominato da Ponzanelli,⁴⁶⁵ ha governato il risarcimento del danno alla persona per quasi venti anni, però è entrato in crisi nel 2003⁴⁶⁶ sulla scia di una serie di sentenze della Corte di Cassazione⁴⁶⁷ e una sentenza della Corte Costituzionale.⁴⁶⁸

La crisi del sistema di risarcimento impostato dalla sentenza n. 184 deriva dalla richiesta sempre maggiore di tutela di diverse voci di danno non patrimoniale che non rientravano nella categoria del danno morale soggettivo né nella categoria dei danni biologici, come ad esempio i danni esistenziali. Va osservato che, se a partire degli anni ottanta la risarcibilità del danno biologico era già una certezza, la dottrina e la giurisprudenza ancora valutavano i precisi confini dei danni non patrimoniali, poiché si percepivano già i limiti della nuova categoria dei danni biologici. Infatti, molti tipi di danni non trovavano tutela nel sistema di

⁴⁶⁴ In maniera più chiara: "Di qui la proposta tripartizione del danno: il danno biologico, come *species* del danno alla persona, risarcibile automaticamente, in quanto elemento costitutivo del fatto illecito lesivo del bene-salute; il danno patrimoniale conseguente al primo; il danno morale soggettivo puro conseguente, ma non solo nella ipotesi in cui l'illecito integri una ipotesi di reato." ASTONE, Maria. *Danni non patrimoniali. Art. 2059*. In: Collana Il Codice Civile. Commentario. BUSNELLI, Francesco D. (diretto da). Giuffrè: Milano, 2012. p. 83.

⁴⁶⁵ PONZANELLI, Giulio. La quarta stagione del danno non patrimoniale: ovvero le cinque sentenze della Corte di Cassazione del maggio 2003 e la sentenza della Corte Costituzionale del luglio 2003. In: *Il 'nuovo' danno non patrimoniale*. PONZANELLI, Giulio (a cura di). Padova: CEDAM, 2004. p. 42.

⁴⁶⁶ ZIVIZ interpreta la situazione come una decisa frattura con il passato: "I fermenti evolutivi – propagatisi dopo la creazione del danno biologico, nei più vari settori del torto – sono culminati, nel corso del 2003, in una decisa frattura con il passato. Una tempesta interpretativa di matrice giurisprudenziale è venuta ad investire i cardini fondamentali attorno ai quali ruotava, fino ad allora, la disciplina della riparazione dei pregiudizi non suscettibili di valutazione economica, segnando un balzo decisivo in un processo di cambiamento che – in precedenza – appariva contraddistinto da mutamenti gradualisti e progressivi." ZIVIZ, Patrizia. *Il danno non patrimoniale. Evoluzione del sistema risarcitorio*. Milano: Giuffrè, 2011. p.120.

⁴⁶⁷ Le sentenze n. 7281, 7282, 7283 del 12 maggio 2003 e le sentenze n. 8827 e 8828 del 31 marzo 2003.

⁴⁶⁸ Corte Cost. 11 luglio 2003, n. 233.

risarcimento impostato dalla sentenza n.184, come le seguente ipotesi di pregiudizio personale: deterioramento della qualità di vita, perdita dei rapporti affettivi, rinuncia forzata a relazioni sociali, perdita di *chances*, ecc.⁴⁶⁹ Oltre a ciò, si osservava un incremento considerevole di ipotesi di responsabilità civile oggettiva, rispetto al quale l'ordinamento aveva scarse soluzioni da offrire.⁴⁷⁰

Dunque, tenendo conto di questo complesso quadro di tanti cambiamenti e incertezze sul concetto di danno biologico (ricomprendeva o no i danni esistenziali? Tutelare o no i diritti della personalità?) la Corte Costituzionale, spinta dalle decisioni della Corte di Cassazione del 2003,⁴⁷¹ ha, ancora una volta, capovolto la prospettiva vigente: ha ricondotto il risarcimento dell'intero danno non patrimoniale all'interno dell'art. 2059 c.c. In riassunto:

Con la ormai famosa sentenza n. 233 del 2003 la Corte Costituzionale accoglie l'orientamento della Suprema Corte di Cassazione e contestualmente modifica la posizione assunta sin dal 1986, restringendo l'ambito applicativo dell'art. 2043 c.c. al solo danno patrimoniale riportando l'intero danno non patrimoniale all'interno dell'art. 2059 c.c., letto in combinato disposto con l'art. 2 Cost. (...) Con tale decisione muta il quadro dei principi in tema di risarcimento del danno non patrimoniale e si apre una nuova stagione – quella attuale – della responsabilità civile.⁴⁷²

Relativamente al nuovo sistema impiantato dalle sentenze della Cassazione e, principalmente, della sentenza n. 233 del 2003 della Corte Costituzionale, la dottrina parla del “grande ritorno all'art. 2059 c.c.”⁴⁷³, del “‘nuovo’ art. 2059”⁴⁷⁴ e addirittura di un “era del mutamento”.⁴⁷⁵

Infatti, sembra di essere così, poiché l'art. 2059 diventa la norma di riferimento per il risarcimento del danno alla persona e, allo stesso tempo,

⁴⁶⁹ BARCELLONA, Mario. *Il danno non patrimoniale*. Giuffrè: Milano, 2008. p. 41.

⁴⁷⁰ PONZANELLI, Giulio. La quarta stagione del danno non patrimoniale: ovvero le cinque sentenze della Corte di Cassazione del maggio 2003 e la sentenza della Corte Costituzionale del luglio 2003. In: *Il ‘nuovo’ danno non patrimoniale*. PONZANELLI, Giulio (a cura di). Padova: CEDAM, 2004. p. 42.

⁴⁷¹ Per un esame dettagliato delle sentenze della Cassazione del 2003 vedere: PONZANELLI, Giulio. La quarta stagione del danno non patrimoniale: ovvero le cinque sentenze della Corte di Cassazione del maggio 2003 e la sentenza della Corte Costituzionale del luglio 2003. In: *Il ‘nuovo’ danno non patrimoniale*. PONZANELLI, Giulio (a cura di). Padova: CEDAM, 2004. p. 41-50.

⁴⁷² ASTONE, Maria. *Danni non patrimoniali. Art. 2059*. In: Collana Il Codice Civile. Commentario. BUSNELLI, Francesco D. (diretto da). Giuffrè: Milano, 2012. p. 100.

⁴⁷³ ASTONE, Maria. *Danni non patrimoniali. Art. 2059*. In: Collana Il Codice Civile. Commentario. BUSNELLI, Francesco D. (diretto da). Giuffrè: Milano, 2012. p. 103 ss.

⁴⁷⁴ PONZANELLI, G. Il ‘nuovo’ art. 2059. In: *Il ‘nuovo’ danno non patrimoniale*. PONZANELLI, G. (a cura di). Padova: CEDAM, 2004. p. 53 ss.

⁴⁷⁵ ZIVIZ, Patrizia. BILOTTA, Francesco. *Il nuovo danno esistenziale. Dalla Cassazione del 2003 alle Sezioni Unite del 2009*. Bologna: Zanichelli, 2009. p. 39 ss.

l'antecedente divisione tripartita della responsabilità civile è riportata alla classica divisione "bipolare" (del danno patrimoniale e quello non patrimoniale).⁴⁷⁶

In questo modo, sistematicamente, si passa a considerare che solo il danno non patrimoniale sia regolato dall'art. 2043 c.c., mentre il danno non patrimoniale considerato nella sua interezza è disciplinato dall'art. 2059 c.c., il quale viene considerato come una norma di rinvio, nel caso, si rinvia alla Costituzione.

Tale lettura costituzionalmente orientata dell'art. 2059 c.c. permette l'allargamento delle ipotesi di risarcimento, oltrepassando i vecchi limiti dettati dal suo testo. Due, però sono i criteri per l'applicazione dell'art. 2059: che i danni non patrimoniali cagionati soddisfino i requisiti stabiliti dall'art. 2043 (condotta colposa o dolosa, danno ingiusto e nesso causale) e siano riconducibili alla lesione di diritti costituzionalmente tutelati.

Quindi, il danno non patrimoniale, ora regolato dall'art. 2059, non compie più una funzione limitante, anzi, si presenta come "un'ombrellone", sotto il quale trovano riparo almeno tre categorie diverse di pregiudizi derivati dalla violazione di valori inerenti alla persona: il danno morale soggettivo puro, il danno biologico e il danno da lesione di interessi della persona di tipo costituzionale, anche definito come danno esistenziale. Questa nuova sistematica impostata dalla sentenza n. 233 del 2003 significa, in sostanza, che il danno non patrimoniale consiste in una categoria molto ampia, che va ben oltre i confini del patema d'animo.

Secondo Ziviz, però, la svolta interpretativa iniziata dalla Cassazione e seguita, poi, dalla Corte Costituzionale nel 2003 non significa che il sistema di responsabilità civile dei danni non patrimoniali abbia raggiunto un assetto definitivo dei suoi equilibri risarcitori.⁴⁷⁷

In effetti, conforme si vedrà in seguito, nel Capitolo II, le sentenze delle Sezioni Unite dell'11 novembre 2008 hanno avuto l'effetto di riproporre il dibattito circa il quadro definitivo delle regole vigenti in materia di danno non patrimoniale e particolarmente in materia dei pregiudizi di carattere esistenziale.⁴⁷⁸

⁴⁷⁶ ASTONE, Maria. *Danni non patrimoniali. Art. 2059*. In: Collana Il Codice Civile. Commentario. BUSNELLI, Francesco D. (diretto da). Giuffrè: Milano, 2012. p. 104.

⁴⁷⁷ ZIVIZ, Patrizia. *Il danno non patrimoniale. Evoluzione del sistema risarcitorio*. Milano: Giuffrè, 2011. p.148.

⁴⁷⁸ ZIVIZ, Patrizia. BILOTTA, Francesco. *Il nuovo danno esistenziale. Dalla Cassazione del 2003 alle Sezioni Unite del 2009*. Bologna: Zanichelli, 2009. p.XII (introduzione).

CAPITOLO II – I DANNI ESISTENZIALI NELLA GIURISPRUDENZA ITALIANA E BRASILIANA

2.1 I danni esistenziali e la giurisprudenza italiana

Durante gli anni novanta la dottrina italiana, composta principalmente dalla scuola Triestina promossa da Paulo Cendon e Patrizia Ziviz, inizia un periodo di riflessione e questionamento riguardo ai confini concettuali dei danni biologici. Il termine “danno biologico” accettava una miriade di pregiudizi che non sempre corrispondevano esattamente ad essa categoria di pregiudizi. In vista di questo fenomeno la dottrina passa a difendere la necessità di cambiare le voci di danni non patrimoniali risarcibili per far comprendere i danni esistenziali.

In questo periodo, conforme riferito da Barcellona,⁴⁷⁹ la risarcibilità dei danni esistenziali è stata sostenuta secondo tre linee di pensiero: quella di considerare il danno esistenziale come categoria allargata del proprio danno biologico; quella di concepire la risarcibilità del danno esistenziale secondo il carattere indeterminato dalla espressione “danno ingiusto” ex. art. 2043.; e quella di valutare il danno esistenziale quale estensione del paradigma della lettura congiunta degli art. 2043 c.c. e art. 32 Cost.

La prima linea di pensiero, ancora secondo Barcellona, fu abbandonata perché si verificò necessario estendere il risarcimento oltre la persona la cui integrità psico-fisica risultasse lesa, ossia, se il danno esistenziale fosse trattato come semplice profilo del danno biologico la possibilità di risarcimento rimarrebbe circoscritta alla vittima primaria della lesione del diritto alla salute.⁴⁸⁰

Nel 2000 la Cassazione (sentenza n.7.713) riconosce per la prima volta il risarcimento di danni esistenziali per abbandono materiale e affettivo del figlio minore da parte del genitore biologico. Il risarcimento dei danni esistenziali fu ammesso sotto il profilo affettivo ed economico per ritardo nel pagamento delle spese di mantenimento del minore. La Corte ha ritenuto che la lettura costituzionalmente orientata dell’art. 2043 c.c. fa sì che questa norma fosse

⁴⁷⁹ BARCELLONA, Mario. *Il danno non patrimoniale*. Giuffrè: Milano. 2008. p. 41 ss.

⁴⁸⁰ BARCELLONA, Mario. *Il danno non patrimoniale*. Giuffrè: Milano. 2008. p. 44.

idonea a determinare il risarcimento non solo dei danni patrimoniali ma di tutti i danni che almeno potenzialmente ostacolano le attività realizzatrici della persona umana. Il comportamento intenzionalmente defatigatorio del padre naturale ha lesionado i diritti fondamentali del figlio, danneggiando la sua sfera esistenziale.

Conforme già riferito sopra, nel 2003, le sentenze n. 8827/03 e 8828/03 della Cassazione e la sentenza n. 233 della Corte Costituzionale hanno capovolto l'intero assetto dogmatico elaborato dagli anni ottanta in poi, sottoponendo il sistema di responsabilità civili per danni non patrimoniali ad una drastica riconsiderazione del rapporto tra gli art. 2043 e 2059, stabilendo nuove basi per la risarcibilità dei danni alla persona.⁴⁸¹

Queste nuove basi consistevano nell'interpretare l'art. 2059 c.c. come una norma di rinvio alla Costituzione, ovvero, si ritiene che l'articolo disciplini il risarcimento dei danni non patrimoniali in base ai criteri stabiliti dall'art. 2043, però i danni non patrimoniali risarcibili non sono soltanto quelli determinati dalla legge, ma anche qualsiasi danno relativo alla lesione di diritti costituzionalmente tutelati.

Nel 2008, l'intervento delle Sezioni Unite della Cassazione,⁴⁸² che ha ancora un'altra volta rivoluzionato l'assetto della responsabilità civile visto che ha determinato la configurazione della categoria del danno non patrimoniale.

La Cassazione ha ritenuto che le tre denominazioni di danni non patrimoniali risarcibili adottate dalle decisioni del 2003 (danno morale, danno biologico e danno esistenziale) devono essere intese come semplice sintesi descrittiva.

In questo modo fuori dai casi previsti espressamente dalla legge (ipotesi di reato, ad esempio) la tutela risarcitoria deve essere ammessa soltanto se configurata lesione a diritto inviolabile, ovvero, solo se si accerta un'ingiustizia costituzionalmente qualificata.

Di conseguenza, le lesioni cagionate a situazioni soggettive costituzionalmente protette (qualificabili come danni esistenziali nell'assetto anteriore) non devono essere risarcite come categoria formalmente autonoma. La cassazione non pretende estinguere le nomenclature "danno biologico", "danno alla salute", danno morale", bensì che queste etichette abbiano una funzione descrittiva della realtà dei fatti, poiché il compito del magistrato non è quello di

⁴⁸¹ BARCELLONA, Mario. *Il danno non patrimoniale*. Giuffrè: Milano. 2008. p. 52.

⁴⁸² Cass. sez. un. 11 novembre 2008 nn.26972/3/4/5.

precisare con precisione le voci e le categorie giuridiche in cui si inquadrano le lesioni subiti dall'attore, suo compito, invece, è quello di verificare effettiva la consistenza del pregiudizio allegato, a prescindere del nome attribuito, individuando di caso in caso le lesioni ai diritti fondamentali costituzionalmente garantiti.

È proprio sotto questo profilo che ci interessa l'esame di questa sentenza delle Sezioni Unite 2008: intendere il danno non patrimoniale come categoria unitaria, "inidonea ad essere articolata in sottocategorie".

2.2 I danni esistenziali e la giurisprudenza brasiliana

Rari sono i testi giuridici e ancora più rari sono le sentenze brasiliane che trattano del tema del risarcimento dei danni esistenziali.⁴⁸³ Nonostante tale scarsità riteniamo veramente importante analizzare i profili del risarcimento di questo tipo di danno in Brasile, poiché, anche se ancora esigue, le sentenze che hanno ammesso in maniera espressa il risarcimento dei danni esistenziali rappresentano l'applicazione, ai casi concreti brasiliani, di una categoria giuridica elaborata in Italia. Un'iniziativa del genere deve essere compiuta con la massima cautela per evitare il semplice trapianto di un istituto giuridico da ordinamento all'altro.

Secondo quanto è stato spiegato sopra, nel capitolo referente alla storia del diritto privato brasiliano (1.1.1), l'introduzione di istituti giuridici stranieri nell'ordinamento brasiliano non è una rarità e non causa perplessità ai giuristi né ai legislatori. In realtà, lo studio attento di discipline giuridiche "nuove", inizialmente sviluppate all'estero, che poi, per cause varie, sbarcano in Brasile è sempre stato compreso come un fenomeno piuttosto normale, anche salutare, purché ben realizzato.

Questo atteggiamento aperto è molto evidente nell'ambito della responsabilità civile per danni non patrimoniali, la quale in Brasile – conforme descrizione realizzata nel capitolo 1.1.2 – corrisponde a un sistema caratterizzato dall'atipicità dell'illecito risarcibile, poiché tutti i danni (patrimoniali o non patrimoniali/morali) cagionati da una condotta umana colposa o dolosa devono

⁴⁸³ Questo fatto è identificato da Soares, l'autrice dell'unica monografia scritta in Brasile sul tema dei danni esistenziali e il suo risarcimento: SOARES, Flaviana Ramazzo. *Responsabilidade civil por dano existencial*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

essere risarciti in base a una clausola generale di responsabilità civile ricavata dalla lettura congiunta degli art. 186 e 927 del Codice Civile. Oltre a ciò, la normativa costituzionale svolge un importante ruolo nel determinare nuovi tipi di danni risarcibili.

Dunque, i danni esistenziali costituiscono una categoria elaborata e sviluppata dalla dottrina e giurisprudenza italiane che negli ultimi anni comincia a trovare accettazione dalla giurisprudenza brasiliana e anche dalla dottrina, la quale ha dovuto rivolgersi ai concetti e problematiche predisposte in Italia con l'obiettivo di comprendere se sia o no il caso di dover "importare" l'individuazione di questi pregiudizi e in che modo procedere con questa operazione.

Di conseguenza, dato che furono i tribunali, e non la dottrina, i primi a ravvisare la possibilità di risarcimento dei danni esistenziali, analizzeremo queste poche sentenze pioniere accostate alle impressioni della dottrina a riguardo. Questo esame si darà in due versanti: il versante del diritto civile in generale (a) e del diritto del lavoro (b).

(a) I danni esistenziali nell'ambito del diritto civile

Dall'analisi delle sentenze relative al risarcimento dei danni esistenziali in Brasile quello che si verifica, in via di regola, è che né il testo né la massima della sentenza fanno riferimento esplicito al termine "danno esistenziale", nonostante la situazione dannosa sia perfettamente riconducibile al concetto di danno esistenziale descritto dalla dottrina italiana. Però, abbiamo trovato alcune sentenze nell'ambito del diritto civile che fanno riferimento espresso alla necessità di riconoscere a certi danni non patrimoniali il suo carattere esistenziale. Tali sentenze saranno esaminate per ultimo. Nel frattempo passiamo allo studio delle sentenze del primo tipo che sono più numerose.

Quindi, quando i tribunali brasiliani concedono il risarcimento del danno esistenziale lo fanno mediante la denominazione di danno morale o danno non patrimoniale. Questo procedimento si verifica dall'analisi delle motivazioni delle decisioni, le quali fanno riferimento ai progetti di vita rovinati, al peggioramento o mutamento della vita di relazione, all'alterazione di abitudini che creano disagi, ecc.

I due casi esemplari che vogliamo riferire trattano del risarcimento dei danni relativi a lesioni fisiche derivate da scariche elettriche. Il primo caso, del 2000,⁴⁸⁴ riguarda il risarcimento dei danni fisici cagionati da linea di trasmissione di energia elettrica danneggiata (e caduta per terra) che ha colpito una persona che sfortunatamente passava nel sito. I danni subiti dalla vittima, secondo quanto affermato dal *Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul*, comprendono lesioni fisiche gravi che rientrano nei criteri per il risarcimento dei danni “moral”, estetici e psicologici verificati. Le lesioni fisiche hanno cagionato non solo la diminuzione drastica della capacità lavorativa ma hanno anche impossibilitato la continuazione delle attività quotidiane della vittima.

In questo senso, secondo Soares, il fatto della sentenza aver considerato le conseguenze negative del fatto dannoso relativamente alle attività normalmente svolte dalla vittima, rivela, in sostanza, che i magistrati hanno valutato il peggioramento significativo della sfera esistenziale del danneggiato e hanno voluto risarcire questi pregiudizi, anche se lo hanno denominato “dano psíquico”.⁴⁸⁵

Il secondo caso, del 2008,⁴⁸⁶ è stato giudicato dal *Superior Tribunal de Justiça* (STJ) e riguarda il risarcimento a titolo di danni “moral” e estetici dei

⁴⁸⁴ La massima della sentenza: “RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO. CEEE. TEORIA DO RISCO ADMINISTRATIVO. RESPONSABILIDADE OBJETIVA. DANOS MORAIS E MATERIAIS. 1. Queda de fio de alta tensão no meio rural. Falta de comunicação do fato pela população. Irrelevância diante da obrigação que tinha de fiscalizar as linhas de transmissão após a ocorrência de temporal que as poderia ter danificado. 2. Acidente ocorrido com transeunte e que lhe causou graves lesões. A obrigação de indenizar decorre do ato lesivo injusto causado à vítima pela administração, não sendo perquirida qualquer falta de serviço ou, no caso dos autos, comunicação do fato - queda de cabo - nem culpa dos seus agentes. Demora na averiguação do fato imputável somente à prestadora do serviço público. 3. Danos emergentes e lucros cessantes devidos. Não obstante ausência de dados concretos acerca do que efetivamente percebia o autor, é certo que a partir do evento danoso necessita de um terceiro para suprir as suas necessidades básicas, como auxílio na higiene pessoal, na alimentação, para se vestir, locomover-se, enfim, exercer as atividades do seu dia-a-dia. Fixação em cinco salários mínimos mensais, que servem também para alimentar seus filhos menores. 4. Dano moral devido, não podendo nele estar abrangidos também os danos estéticos e o físico, os quais devem ser apurados em liquidação de sentença. APELO PARCIALMENTE PROVIDO.” (BRASIL, Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, Apelação Cível n. 70000591214, Relator: Carlos Alberto Bencké, quinta câmara cível, julgado em 15/06/2000)

⁴⁸⁵ SOARES, Flaviana Ramazzo. *Responsabilidade civil por dano existencial*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 94.

⁴⁸⁶ La massima della sentenza: “Direito civil. Danos material, moral e estético. Rapaz de 19 anos que, na varanda de uma boate, ao se debruçar para brincar com um amigo que se encontrava na rua, inadvertidamente toca em transformador de alta tensão mal instalado em poste vizinho. Choque elétrico de alta intensidade, do qual decorre queimadura em trinta por cento de seu corpo, além da amputação de seu braço direito e perda da genitália. Ação proposta em face da boate, da companhia de energia elétrica e do proprietário do transformador mal instalado. condenação mantida em face dos três réus. (...) É possível a cumulação de dano estético e dano moral.

pregiudizi cagionati ad un diciannovenne che è stato colpito da una violenta scarica elettrica all'interno di una discoteca.

La lesione fisica consisteva nell'amputazione di un membro superiore e dell'organo sessuale e anche la presenza di ustioni di terzo grado in 30% del corpo della vittima. I giudici del STJ hanno confermato le sentenze condannatorie dei gradi inferiori di giurisdizione, mantenendo il *quantum* risarcitorio stabilito (di R\$ 800.000,00 l'equivalente a circa € 320.000,00) perché hanno considerato il radicale cambiamento dei progetti di vita del danneggiato che, alla giovane età di 19 anni, ha dovuto imparare a convivere con l'amputazione di un membro superiore, con l'impossibilità di avere rapporti sessuali e di riprodursi e con le cicatrice derivate dalle ustioni di terzo grado.

Le lesioni fisiche descritte sono così ampie e definitive che evidentemente implicano una diminuzione delle possibilità del soggetto di svolgere normalmente la sua personalità nell'ambiente sociale, ovvero, possiamo intravedere in questo caso la caratterizzazione del danno esistenziale.

Soares, nella sua monografia sui danni esistenziali in Brasile, elenca tanti altri casi simili ai già esposti.⁴⁸⁷ Se tutti questi casi, secondo il ragionamento dell'autrice, fossero sottoposti ai tribunali italiani sarebbero oggetto di risarcimento per danni esistenziali, ma in Brasile, invece, vengono ricondotti sotto la categoria più ampia dei danni non patrimoniali, o, come preferisce la giurisprudenza brasiliana, dei "danni morali".

Tra i casi più interessanti riferiti da Soares ne riportiamo due: il caso di un incidente stradale che comporta lesioni fisiche tali da cagionare la perdita dei sensi del gusto e dell'olfato.⁴⁸⁸ La denuncia infondata, pubblicizzata ampiamente

Precedentes.- (...) Na esteira de precedente da 3ª Turma do STJ, a dor decorrente da perda de um ente querido diferencia-se da dor sofrida pela própria vítima de um acidente grave. Não é desarrazoado dizer que uma pessoa que carrega seqüelas graves, pelo resto de sua vida, como é o caso da perda de um braço e da genitália, para um jovem de 19 anos, sofre abalo maior que a pessoa que perde um ente querido. Os precedentes do STJ que limitam a indenização por dano moral nas hipóteses de morte não justificam a limitação de indenizações para reparar eventos tão graves como os que estão discutidos neste processo.- Não é exagerada a indenização de R\$ 400.000,00 para reparação do dano estético, mais R\$ 800.000,00 para reparação do dano moral, na hipótese em que a vítima, com apenas 19 anos de idade, sofre queimaduras de terceiro grau em 30% de seu corpo, mais a amputação do braço direito e da genitália, em acidente que poderia ser perfeitamente evitável caso qualquer um dos três réus tivesse agido de maneira prudente. Recursos especiais não conhecidos." (Brasil, Superior Tribunal de Justiça, Recurso Especial n.1011437, Relatora: Min. Nancy Andrighi, terceira turma, julgado em 24/06/2008)

⁴⁸⁷ SOARES, Flávia Ramazzo. *Responsabilidade civil por dano existencial*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 85 ss.

⁴⁸⁸ Brasil, Superior Tribunal de Justiça, Recurso Especial n.404.706, Relator: Min. Ruy Rosado de Aguiar, quarta turma, julgado em 29/04/2009.

dai giornali e mezzi di comunicazioni, di suposti abusi sessuali praticati contro bambini presso una scuola elementare. La scuola è stata chiusa e i proprietari (trattatisi di un'istituzione privata) hanno subito ingiustamente delle rappresaglie e violenze che hanno cagionato duratura alterazione della loro qualità di vita. Trattasi del caso conosciuto come "Caso Escola Base".⁴⁸⁹

Va osservato, però, che negli ultimi anni, più precisamente tra 2009 e 2012, si registra un leggero aumento delle sentenze che fanno uso della categoria dei danni esistenziali per meglio allocare i danni che non si inquadrano nel classico concetto di danno morale soggettivo, inteso come la sofferenza, il disagio emozionale e il patema d'animo subiti dalla vittima.

Come primo esempio di questa tendenza troviamo una sentenza del 2009, del *Tribunal de Justiça de São Paulo*,⁴⁹⁰ che è conosciuta come il caso delle "pillole anticoncezionali di farina". Una multinazionale farmaceutica ha messo in vendita, per negligenza, dei lotti di pillole anticoncezionali che non contenevano i principi attivi destinati al controllo della natalità, poiché, come si constatò dopo, erano fatte di farina. I blister che contenevano le pillole placebo sono stati prodotti come test di una nuova macchina e invece di essere distrutti sono stati messi in vendita per negligenza.

Il caso tratta, dunque, della richiesta di risarcimento dei danni non patrimoniali subiti da una donna che, come tante altre,⁴⁹¹ acquistò un blister di

⁴⁸⁹ Brasil, Superior Tribunal de Justiça, Recurso Especial n.351.779, Relatora: Min. Eliana Calmon, segunda turma, julgado em 19/11/2002.

⁴⁹⁰ La massima della sentenza: "Caso conhecido como das 'pílulas de farinha', sendo de se anotar que o fato de o STJ admitir a indenização em ação civil pública promovida pelos danos decorrentes da ingestão do anticoncepcional Microvlar, da Schering [Resp. 866.636 SP], referendando-a em ação individual [Resp. 1.096.325 SP], constrói modalidade de sentença de efeito erga omnes quanto ao tema jurídico, desautorizando decisões diversas quando as situações fáticas se assemelham - Hipótese em que a autora, com a juntada de carteira e duas drágeas restantes que não possuíam os princípios ativos a que se destinavam, prova ter engravidado pela falha da indústria em não destruir os produtos manufaturados para testes [placebos] da máquina empacotadora recém adquirida e pela culpa quanto à guarda desse material que, infelizmente, foi inserido no comércio como produto regular - Dever de compensar a mulher pela concepção indesejada ou inesperada, como espécie de dano existencial, conforme já admitido pelo Tribunal Superior, inclusive em lide ajuizada por defeito de outro anticoncepcional produzido pela Schering [Resp. 918.257 SP] e de pagar pensão à filha, aceita essa fórmula de indenizar como reparação pela perda de chance de cumprir o princípio do cuidado previsto na Constituição Federal, no Estatuto da Criança e do Adolescente e na Convenção Internacional sobre os Direitos da Criança. Agravo retido não provido e provimento em parte dos recursos [apenas para consignar que a correção monetária do dano moral tem início a partir da sentença que arbitrou o quantum e para elevar a verba honorária para 10% do valor atualizado das condenações]" (Brasil, Tribunal de Justiça de São Paulo, Apelação Cível n.482.037-4/0, Relator: Enio Santarelli Zuliani, quarta câmara de direito privado, julgado em 29/01/2009).

⁴⁹¹ La vicenda delle "pillole di farina" fu così seria che una *class action* fu promossa dal Pubblico Ministero con l'obiettivo di ottenere il risarcimento dei danni morali collettivi cagionati alle

contracetivi del lotto difettoso ed è rimasta incinta. Il tribunale considerò che la gravidanza non desiderata “*altera projetos sadios de conjuges e companheiros, o*

consumatrici della pillola, poiché oltre duecento donne sono rimaste incinte per negligenza della azienda farmaceutica. La massima della sentenza della *class action*: “Civil e processo civil. Recurso especial. Ação civil pública proposta pelo PROCON e pelo Estado de São Paulo. Anticoncepcional Microvlar. Acontecimentos que se notabilizaram como o 'caso das pílulas de farinha'. Cartelas de comprimidos sem princípio ativo, utilizadas para teste de maquinário, que acabaram atingindo consumidoras e não impediram a gravidez indesejada. Pedido de condenação genérica, permitindo futura liquidação individual por parte das consumidoras lesadas. Discussão vinculada à necessidade de respeito à segurança do consumidor, ao direito de informação e à compensação pelos danos morais sofridos.- Nos termos de precedentes, associações possuem legitimidade ativa para propositura de ação relativa a direitos individuais homogêneos.- Como o mesmo fato pode ensejar ofensa tanto a direitos difusos, quanto a coletivos e individuais, dependendo apenas da ótica com que se examina a questão, não há qualquer estranheza em se ter uma ação civil pública concomitante com ações individuais, quando perfeitamente delimitadas as matérias cognitivas em cada hipótese.- A ação civil pública demanda atividade probatória congruente com a discussão que ela veicula; na presente hipótese, analisou-se a colocação ou não das consumidoras em risco e responsabilidade decorrente do desrespeito ao dever de informação.- Quanto às circunstâncias que envolvem a hipótese, o TJ/SP entendeu que não houve descarte eficaz do produto-teste, de forma que a empresa permitiu, de algum modo, que tais pílulas atingissem as consumidoras. Quanto a esse 'modo', verificou-se que a empresa não mantinha o mínimo controle sobre pelo menos quatro aspectos essenciais de sua atividade produtiva, quais sejam: a) sobre os funcionários, pois a estes era permitido entrar e sair da fábrica com o que bem entendessem; b) sobre o setor de descarga de produtos usados e/ou inservíveis, pois há depoimentos no sentido de que era possível encontrar medicamentos no 'lixão' da empresa; c) sobre o transporte dos resíduos; e d) sobre a incineração dos resíduos. E isso acontecia no mesmo instante em que a empresa se dedicava a manufaturar produto com potencialidade extremamente lesiva aos consumidores.- Em nada socorre a empresa, assim, a alegação de que, até hoje, não foi possível verificar exatamente de que forma as pílulas-teste chegaram às mãos das consumidoras. O panorama fático adotado pelo acórdão recorrido mostra que tal demonstração talvez seja mesmo impossível, porque eram tantos e tão graves os erros e descuidos na linha de produção e descarte de medicamentos, que não seria hipótese infundada afirmar-se que os placebos atingiram as consumidoras de diversas formas ao mesmo tempo.- A responsabilidade da fornecedora não está condicionada à introdução consciente e voluntária do produto lesivo no mercado consumidor. Tal idéia fomentaria uma terrível discrepância entre o nível dos riscos assumidos pela empresa em sua atividade comercial e o padrão de cuidados que a fornecedora deve ser obrigada a manter. Na hipótese, o objeto da lide é delimitar a responsabilidade da empresa quanto à falta de cuidados eficazes para garantir que, uma vez tendo produzido manufatura perigosa, tal produto fosse afastado das consumidoras.- A alegada culpa exclusiva dos farmacêuticos na comercialização dos placebos parte de premissa fática que é inadmissível e que, de qualquer modo, não teria o alcance desejado no sentido de excluir totalmente a responsabilidade do fornecedor.- A empresa fornecedora descumpra o dever de informação quando deixa de divulgar, imediatamente, notícia sobre riscos envolvendo seu produto, em face de juízo de valor a respeito da conveniência, para sua própria imagem, da divulgação ou não do problema, Ocorreu, no caso, uma curiosa inversão da relação entre interesses das consumidoras e interesses da fornecedora: esta alega ser lícito causar danos por falta, ou seja, permitir que as consumidoras sejam lesionadas na hipótese de existir uma pretensa dúvida sobre um risco real que posteriormente se concretiza, e não ser lícito agir por excesso, ou seja, tomar medidas de precaução ao primeiro sinal de risco.- O dever de compensar danos morais, na hipótese, não fica afastado com a alegação de que a gravidez resultante da ineficácia do anticoncepcional trouxe, necessariamente, sentimentos positivos pelo surgimento de uma nova vida, porque o objeto dos autos não é discutir o dom da maternidade. Ao contrário, o produto em questão é um anticoncepcional, cuja única utilidade é a de evitar uma gravidez. A mulher que toma tal medicamento tem a intenção de utilizá-lo como meio a possibilitar sua escolha quanto ao momento de ter filhos, e a falha do remédio, ao frustrar a opção da mulher, dá ensejo à obrigação de compensação pelos danos morais, em liquidação posterior. Recurso especial não conhecido.” (Brasil, Superior Tribunal de Justiça, Recurso Especial n.866.636, Relatora: Min. Nancy Andrigli, terceira turma, julgado em 29/11/2007)

que é causa de ansiedade e quiçá de preocupação com os desvios das rotas traçadas, inclusive o financeiro".⁴⁹² In base al fatto che la vittima non aveva condizioni economiche di sostenere un figlio, che non considerava quello il momento giusto di fare famiglia, i giuridici hanno ritenuto che la scelta della vittima di non avere figli non è stata rispettata.⁴⁹³

Infatti, sono evidenti i cambiamenti dei piani e dei progetti di vita relativi alla nascita di un figlio, per di più nel caso di una gravidanza non desiderata accaduta mentre la donna pensava di ingerire pillole effettive. I danni subiti dalla vittima riguardano, secondo la sentenza, direttamente la sua sfera esistenziale il che danneggia fortemente i suoi diritti della personalità. Il tribunale, dunque, ha identificato che il danno subito dalla vittima consiste in un danno "morale" risarcibile (ex. art. 5°, commi V e X Cost.) del tipo esistenziale.

Un dettaglio molto interessante di questa sentenza è che la motivazione fa riferimento espresso ad una sentenza del Tribunale di Monza del 1996, in cui i danni esistenziali sono stati risarciti. Poiché la citazione di dottrina e giurisprudenza straniera nella motivazione delle sentenze dei giudici brasiliani non è, poi, così insolita (mentre in Italia una situazione del genere non accadrebbe mai) pensiamo che è interessante citare testualmente questo estratto della sentenza:

Há, sem dúvida, frustração quanto ao desejo de uma opção de vida, o que por si só caracteriza o dano moral indenizável [art. 5o, V e X, da CF], sendo que a doutrina classifica essa modalidade de dano como "existencial", com precedente do Tribunal de Monza, de 7.6.1996, cf. nota de rodapé 72 da obra de ARMANDO BRAGA [*A reparação do dano corporal na responsabilidade civil extracontratual*, Almedina, Coimbra, 2005, p. 62].

A nostro avviso la sentenza appena descritta ha valutato correttamente il danno sperimentato dalla vittima e ha utilizzato la categoria dei danni esistenziali con coerenza e consapevolezza, rispettando sia il concetto di danno esistenziale elaborato dalla dottrina italiana sia le particolarità del diritto civile brasiliano.

⁴⁹² Brasil, Tribunal de Justiça de São Paulo, Apelação Cível n.482.037-4/0, Relator: Enio Santarelli Zuliani, quarta câmara de direito privado, julgado em 29/01/2009.

⁴⁹³ In questo senso un passaggio importante della sentenza: "(...) cabe definir que o inesperado nascimento subtraiu da família uma real perspectiva de proporcionar condições de melhor destino ao filho, sem contar que impôs uma situação [constituição de prole ou aumento dela] que estaria fora de cogitação por tempo indeterminado, exatamente por ausência de meios da oferta de padrão de vida viável ao que se espera conceder." (Brasil, Tribunal de Justiça de São Paulo, Apelação Cível n.482.037-4/0, Relator: Enio Santarelli Zuliani, quarta câmara de direito privado, julgado em 29/01/2009.)

Ritenere che i danni risarcibili nel caso concreto appartengono alla categoria più generale dei danni non patrimoniali e che il riferimento alla sfera esistenziale lesionata consiste soltanto in una precisazione del tipo di danno subito, evidenzia che il tribunale ha tenuto conto dell'atipicità del modello risarcitorio brasiliano.

Passiamo ora allo studio di due sentenze abbastanza recenti (del 2011 e 2012) del *Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul* che autorizzano espressamente il risarcimento di danni esistenziali.

Le sentenze, pronunciate dalla stessa camera del *Tribunal* (la *Nona Câmara Cível*), hanno determinato il risarcimento dei pregiudizi esistenziali subiti da privati per atti illegali della pubblica amministrazione: danni derivati dalla sospensione immotivata della fornitura dell'acqua⁴⁹⁴ e originati da atti legislativi posteriormente dichiarati incostituzionali.⁴⁹⁵

⁴⁹⁴ La massima della sentenza: "Apelação cível. Responsabilidade civil. Fornecimento de água. Suspensão imotivada. Fatura paga. *Violação efetiva a direito da personalidade*. Caracterização de *dano existencial*. Danos extrapatrimoniais configurados. *Quantum* indenizatório. Majoração. Precedentes e particularidades do caso concreto consideradas. Majoração do quantum indenizatório, para que atenda à condição econômica das partes, à repercussão do fato e à conduta do agente. O valor da indenização deve ser suficiente para atenuar as consequências da violação dos bens jurídicos em jogo, sem significar enriquecimento sem causa, devendo, ainda, ter o efeito de dissuadir o réu da prática de nova conduta. Apelo provido." (Brasil, Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, Apelação Cível n. 70044580918, Relator: Leonel Pires Ohlweiler, nona câmara cível, julgado em 19/10/2011).

⁴⁹⁵ La massima della sentenza: "Apelação cível. Responsabilidade civil. Ação de indenização por danos patrimoniais e extrapatrimoniais. *Responsabilidade objetiva do estado por atos legislativos*. Lei declarada inconstitucional. Permissão de serviço de transporte individual de passageiros. Mototáxi. Dever de indenizar. - responsabilidade civil objetiva do estado por atos legislativos - lei municipal inconstitucional - Tratando de responsabilidade civil do Estado por atos legislativos, consistente em lei declarada inconstitucional pelo Poder Judiciário é necessário que a comprovação do nexo causal entre a lei inconstitucional e o dano ocorrido. Hipótese na qual a declaração de inconstitucionalidade de lei municipal, que regulamentava os serviços de transporte individual de passageiros denominado mototáxi, causou danos de ordem patrimonial e extrapatrimonial ao autor que com o município demandado firmou contrato individual de permissão dos serviços de transporte, após ter preenchido todos os requisitos exigidos na licitação. Rescisão do contrato que repercutiu significativamente na vida cotidiana do autor. Dano existencial configurado. Nexo causal entre o dano e a lei municipal inconstitucional. - DANOS PATRIMONIAIS - Não é devida a quantia relativa aos juros do financiamento para a compra da motocicleta, porque não constitui dano ao autor, mas, sim, acréscimo ao seu patrimônio, em razão de ter adquirido um veículo zero quilômetro. Devida a despesa pela pintura do veículo para atender o requisito do decreto regulamentador, com a ressalva de que tal valor não diz respeito à depreciação do bem. Igualmente devida a importância concernente ao pagamento de todas as despesas relativas à regulamentação e legalização para a atividade de mototaxista. Pedido de dano patrimonial em parte procedente. - DANOS EXTRAPATRIMONIAIS - Os danos extrapatrimoniais também se referem à esfera existencial da pessoa humana, impondo-se o dever de indenizar quando houver ofensa aos direitos da personalidade. Compreensão a partir do artigo 1º, III, CF, princípio da dignidade da pessoa humana. - QUANTUM DA REPARAÇÃO - O valor da indenização deve ser suficiente para atenuar as consequências da violação dos bens jurídicos em jogo, sem significar enriquecimento sem causa. Apelação e recurso adesivo parcialmente providos. Unânime." (Brasil, Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, Apelação Cível n.70040239352, Relator: Leonel Pires Ohlweiler, nona câmara cível, julgado em 27/06/2012)

La sospensione immotivata della fornitura dell'acqua, secondo il *Tribunal*, configurò atto illecito visto che l'utente del servizio non era in mora e l'interruzione della fornitura si è verificata senza avviso previo o qualsiasi altra giustificazione, lasciando l'utente più di quarantotto ore senza l'erogazione dell'acqua.

Facendo riferimento alla violazione di diritti costituzionalmente garantiti (il diritto alla somministrazione dell'acqua potabile trova fondamento nella tutela dei diritti inviolabili della dignità della persona umana secondo l'art. 1, comma III, della Costituzione) e all'atto illecito civile perpetrato dalla pubblica amministrazione, il *Tribunal* ha accertato la configurazione di danni di natura non patrimoniale di due tipi: la “*violação à honra subjetiva*” (l'equivalente al danno morale soggettivo, in Italia) e il “*dano existencial*” (danno esistenziale).

Il danno esistenziale si configurerebbe, secondo la sentenza, dall'alterazione pregiudizievole delle attività quotidiane dell'utente, costretto a restare senza la fornitura di un bene di prima necessità come l'acqua potabile in ragione di atto illecito della pubblica amministrazione. Per sostenere questo punto di vista i magistrati riferiscono testi della dottrina brasiliana sul tema, soprattutto l'opera di Flaviana Rampazzo Soares.⁴⁹⁶

Anche se si può intravedere una alterazione rilevante della qualità di vita del danneggiato cagionata dalla sospensione immotivata della fornitura dell'acqua per un periodo di 48 ore, l'interruzione dei servizi non durò così a lungo il che può suscitare dibattiti circa la configurazione, nella specie, di danni bagatellari. Oppure, si potrebbe questionare la reale necessità di applicare al caso una categoria giuridica quale il danno esistenziale per risarcire pregiudizi che rientrerebbero tranquillamente sotto il concetto di danno non patrimoniale. Per quale motivo e secondo quali criteri sarebbe utile alla giurisprudenza “etichettare” ogni tipo di pregiudizio non patrimoniale?

A questo proposito, il Ministro Ruy Rosado de Aguiar, in sentenza del 2000,⁴⁹⁷ già faceva riferimento alla vera “*guerra de etiquetas*” (guerra delle etichette) in corso nella giurisprudenza e dottrina, per cui la classificazione del danno non patrimoniale in diverse categorie (etichette) è utile soltanto per mettere

⁴⁹⁶ SOARES, Flaviana Ramazzo. *Responsabilidade civil por dano existencial*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

⁴⁹⁷ Brasil, Superior Tribunal de Justiça, Recurso Especial n. 226190-RJ, Relator: Min. Ruy Rosado de Aguiar, quarta turma, julgado em 01/02/2000.

in evidenza la molteplicità di aspetti che la realtà ci presenta e che il diritto è chiamato a regolare.

Un esempio delle varie forme che l'illecito extracontrattuale può assumere è la possibilità di risarcire danni relativi ai rapporti familiari. In questo senso Facchini e Wesendonck, in importante saggio sul danno esistenziale e i “nascenti” danni endofamiliari,⁴⁹⁸ riferiscono che la giurisprudenza brasiliana sempre fu molto resistente alla possibilità di risarcire danni relativi ai rapporti familiari. Infatti, le prime domande che chiedevano la condanna al risarcimento di danni relativi al c.d. “abbandono affettivo” del genitore rispetto al figlio sono state totalmente respinte dai tribunali. La motivazione di queste sentenze di rifiuto si concentrava sul fatto che non compete al diritto l'imposizione di un dovere generale di amore, rispetto e affetto tra genitori e figli e che non configura atto illecito risarcibile il semplice fatto che un genitore non mantenga rapporti “affettuosi” con il figlio, purchè il dovere legale di sostegno economico sia stato adempito.

Tuttavia, il posizionamento del *Superior Tribunal de Justiça* (STJ) sembra di aver cambiato recentemente, con sentenza della Min. Nancy Andrighi del 2012,⁴⁹⁹ la quale indica che il rimedio risarcitorio aquiliano disciplinato dall'art. 186

⁴⁹⁸ FACCHINI NETO, Eugenio. WESENDONCK, Tula. Danos existenciais “precificando” lágrimas?. In: *Revista de Direitos e Garantias Fundamentais*. n.12, luglio-dicembre 2012, p. 229-267.

⁴⁹⁹ La massima della sentenza che accenna il cambiamento di posizionamento del STJ sui danni da “abbandono affettivo”: Civil e processual civil. Família. *Abandono afetivo. Compensação por dano moral. Possibilidade*. 1. Inexistem restrições legais à aplicação das regras concernentes à responsabilidade civil e o consequente dever de indenizar/compensar no Direito de Família. 2. O cuidado como valor jurídico objetivo está incorporado no ordenamento jurídico brasileiro não com essa expressão, mas com locuções e termos que manifestam suas diversas desinências, como se observa do art. 227 da CF/88. 3. Comprovar que a imposição legal de cuidar da prole foi descumprida implica em se reconhecer a ocorrência de ilicitude civil, sob a forma de omissão. Isso porque o non facere, que atinge um bem juridicamente tutelado, leia-se, o necessário dever de criação, educação e companhia - de cuidado - importa em vulneração da imposição legal, exsurgindo, daí, a possibilidade de se pleitear compensação por danos morais por abandono psicológico. 4. Apesar das inúmeras hipóteses que minimizam a possibilidade de pleno cuidado de um dos genitores em relação à sua prole, existe um núcleo mínimo de cuidados parentais que, para além do mero cumprimento da lei, garantam aos filhos, ao menos quanto à afetividade, condições para uma adequada formação psicológica e inserção social. 5. A caracterização do abandono afetivo, a existência de excludentes ou, ainda, fatores atenuantes - por demandarem revolvimento de matéria fática - não podem ser objeto de reavaliação na estreita via do recurso especial. 6. A alteração do valor fixado a título de compensação por danos morais é possível, em recurso especial, nas hipóteses em que a quantia estipulada pelo Tribunal de origem revela-se irrisória ou exagerada. 7. Recurso especial parcialmente provido.” (Brasil, Superior Tribunal de Justiça, Recurso Especial n. 1159242/SP, Relatora: Min. Nancy Andrighi, terceira turma, julgado em julgado em 24/04/2012)

del Codice Civile è la sede legale giusta per tutelare i danni provocati nei rapporti familiari relativamente al problema del c.d. abbandono affettivo.

Nonostante questa sentenza del STJ non abbia menzionato i danni esistenziali come categoria autonoma idonea a definire i tipi di pregiudizi subiti dalla prole emozionalmente abbandonata dai genitori, Facchini e Wesendonck affermano che casi come questi costituiscono l'ambito perfetto per l'attuazione del danno esistenziale nell'ordinamento brasiliano:

Usar o termo “*dano moral*” para abordar a questão talvez não seja a melhor técnica. Isso porque as relações familiares são muito particularizadas e, por sua natureza, são inevitavelmente acompanhadas, em determinados momentos, por frustrações, angústias, rancores, desconfortos afetivos. Por isso tende-se a negar a configuração de danos morais, por se entender que tais sentimentos negativos são danos inerentes às relações familiares. Por esse motivo, a identificação de espécies autônomas de dano, como é o caso do dano existencial, pode servir para que se consiga fundamentar a ação indenizatória sem cair no discurso da banalização do dano moral.⁵⁰⁰

Finito l'esame delle sentenze di diritto civile possiamo ora all'analisi dei provvedimenti giurisprudenziali nell'ambito del diritto del lavoro.

(b) I danni esistenziali nell'ambito dei rapporti di lavoro

Nell'ordinamento brasiliano i rapporti di lavoro sono regolati da una legge speciale, la *Consolidação das Leis do Trabalho* (CLT),⁵⁰¹ che risale al 1943, periodo in cui vigeva la dittatura dello *Estado Novo* del presidente Getúlio Vargas. Considerato il contesto ideologico di “vicinanza” tra lo *Estado Novo* e il regime fascista, la CLT è stata fortemente influenzata dalla Carta del Lavoro di Mussolini. Il suo merito, però, consiste nell'aver promosso l'unificazione della sparsa legislazione lavoristica dell'epoca tramite una legge che, nonostante non possa essere chiamata di Codice del Lavoro, è abbastanza ampia.

La CLT regola la materia lavoristica dal punto di vista individuale (contratto di lavoro) e anche dal punto di vista collettivo (organizzazione sindacale, la contrattazione collettiva, rappresentanza dei lavoratori in azienda e il diritto allo

⁵⁰⁰ FACCHINI NETO, Eugenio. WESENDONCK, Tula. Danos existenciais “precificando” lágrimas?. In: *Revista de Direitos e Garantias Fundamentais*. n.12, luglio-dicembre 2012, p. 229-267.

⁵⁰¹ Decreto-Lei n. 5.452, del 1° maggio 1943.

sciopero) e per questo motivo il diritto del lavoro in Brasile possiede contemporaneamente caratteristiche del diritto privato e anche del diritto pubblico.

In ragione di questa indole “eterogenea”, la tendenza è quella di considerare il diritto del lavoro un settore completamente separato dal diritto civile. Infatti, non smentisce questa tendenza il fatto che l’universo del diritto del lavoro abbia una giurisdizione speciale, la *Justiça do Trabalho*, per risolvere le sue controversie.

Dunque, nonostante la “distanza” legale tra l’ambito civilistico e il lavoristico, quest’ultimo spesso impiega nozioni tipiche del diritto privato relativamente ai contratti di lavoro. Ed è molto interessante verificare che la *Justiça do Trabalho* stia determinando il risarcimento di pregiudizi di tipo esistenziale derivanti dal rapporto di lavoro, facendo uso di una categoria del diritto civile e, per di più, di una categoria poco riconosciuta come voce autonoma di danno risarcibile presso i tribunali della giurisdizione civile.

Un caso abbastanza recente, del 2012,⁵⁰² giudicato dal *Tribunal Regional do Trabalho*, ammette la configurazione di danno esistenziale da lavoro straordinario che eccede i limiti legali. Il caso tratta di lavoratrice che era costretta dal datore di lavoro a compiere in maniera ripetuta giornata lavorativa di 12 a 13 ore al giorno, con pausa di solo 30 minuti, e riposo un giorno alla settimana. Le ore di lavoro straordinario, oltreché superare i limiti legali, non venivano regolarmente pagate alla lavoratrice e ed erano così numerose che hanno limitato il tempo libero a disposizione per il convivio sociale e familiare.

Comprovati questi fatti in giudizio, il *Tribunal* ha ritenuto che, infatti, la condotta del datore di lavoro (una grande multinazionale del ramo dei supermercati) costituì atto illecito, poiché il lavoro straordinario compiuto in maniera eccessiva, oltre ogni limite legale, raffigura ipotesi chiara di violazione dei

502 La massima della sentenza: “*Dano existencial. Jornada extra excedente do limite legal de tolerância. Direitos fundamentais.* O dano existencial é uma espécie de dano imaterial, mediante o qual, no caso das relações de trabalho, o trabalhador sofre danos/limitações em relação à sua vida fora do ambiente de trabalho em razão de condutas ilícitas praticadas pelo tomador do trabalho. Havendo a prestação habitual de trabalho em jornadas extras excedentes do limite legal relativo à quantidade de horas extras, resta configurado dano à existência, dada a violação de direitos fundamentais do trabalho que integram decisão jurídico-objetiva adotada pela Constituição. Do princípio fundamental da dignidade da pessoa humana decorre o direito ao livre desenvolvimento da personalidade do trabalhador, nele integrado o direito ao desenvolvimento profissional, o que exige condições dignas de trabalho e observância dos direitos fundamentais também pelos empregadores (eficácia horizontal dos direitos fundamentais). Recurso provido.” (Brasil, Tribunal Regional do Trabalho 4º região, Recurso Ordinário n.0000105-14.2011.5.04.0241 RO, Relator: José Felipe Ledur, primeira turma, julgado em: 14/03/2012)

diritti fondamentali della lavoratrice, garantiti costituzionalmente tra i quali: la dignità della persona umana e i valori sociali del lavoro (art. 1°, commi III, IV, Cost.); diritto sociale alla salute, al lavoro, al tempo libero e alla sicurezza (art. 6°, Cost.); diritto alla possibilità di sviluppo professionale (art. 5°, comma XIII, Cost.); e diritto ad una giornata lavorativa non superiore a otto ore al giorno (art. 7°, Cost.).

Una volta violati diritti di rango costituzionale, continua la sentenza, si verifica la configurazione di danni alla sfera esistenziale della lavoratrice, la quale, a causa di tante violazioni ai suoi diritti più fondamentali, ha subito alterazioni significative nella sua vita di relazione, poiché non ha potuto godere la compagnia della famiglia e degli amici in maniera normale e sana. La condotta illecita del datore di lavoro in questo caso è stata in grado di convertire lo straordinario in ordinario: lavorare 12 a 13 ore al giorno era la regola e non l'eccezione. I pregiudizi alla sfera esistenziale sono, dunque, evidenti, conforme segue:

O dano existencial, portanto, é espécie de dano imaterial, mediante o qual, no caso das relações de trabalho, o trabalhador sofre dano/limitações em relação à sua vida fora do ambiente de trabalho em razão de condutas ilícitas praticadas pelo tomador do trabalho. No presente caso, a reclamante alega que as jornadas excessivas lhe ocasionaram dano quanto ao seu convívio familiar, à sua saúde, aos seus projetos de vida, à sua dignidade etc. A configuração do dano, em regra, deve ser comprovado de forma inequívoca, salvo nos casos de dano *in re ipsa*.⁵⁰³

A nostro avviso, questa sentenza anche se riguarda rapporto di lavoro, il che tendenzialmente non fa che allontanare lo sguardo del civilista brasiliano, costituisce una ottima opportunità di riflessione per la dottrina e giurisprudenza civilistica brasiliane sull'utilità e le potenzialità della categoria dei danni esistenziali.

⁵⁰³ Tratto dalla sentenza: Brasil, Tribunal Regional do Trabalho 4° região, Recurso Ordinário n.0000105-14.2011.5.04.0241 RO, Relator: José Felipe Ledur, primeira turma, julgado em: 14/03/2012.

CONCLUSIONI

Quando si finisce un lavoro di ricerca che si propone di esaminare, secondo la prospettiva della comparazione giuridica, due ordinamenti giuridici così diversi e allo stesso tempo così vicini come lo sono gli ordinamenti civilistici italiano e brasiliano, una domanda è inevitabile: a cosa serve un lavoro del genere? Ovvero, riformulando la questione: quali sono le conclusioni e in che maniera esse possono essere utili agli ulteriori sviluppi della materia oggetto di comparazione?

In termini generali, la validità e l'utilità della comparazione giuridica sono ovvie, quello che bisogna chiarire, però, è perché si considera valido e utile lo sforzo di paragonare il sistema di responsabilità civile brasiliano e italiano.

A nostro avviso, le chiavi per comprendere perché è utile comparare il sistema brasiliano all'italiano e viceversa si trovano nell'analisi delle vicende storiche di ambedue diritti privati. Era necessario, dunque, spiegare i percorsi storici del diritto civile nei due ordinamenti giuridici (punti 1.1.1 e 1.2.1), per poi passare a esaminare i due sistemi di responsabilità civile per danni non patrimoniali da paragonare (punti 1.1.2 e 1.2.2). E nel realizzare questo compito, abbiamo concluso, in maniera sistematica che:

- L'Italia e il Brasile, quali paesi di recente unificazione politica, hanno subito delle influenze giuridiche esterne principalmente nel periodo iniziale delle sue rispettive codificazioni. La comune influenza dei modelli giuridici del diritto civile francese e tedesco ne costituiscono un esempio.

- Nonostante l'evidente importanza delle influenze esterne tutte e due sistemi hanno sviluppato, con il passare degli anni, una dottrina nazionale indipendente e dotata di grande senso critico.

- Mentre la dottrina brasiliana si mostra più recettiva nei confronti degli altri ordinamenti, la dottrina italiana è più selettiva e tendenzialmente chiusa in alcuni aspetti. E questo è ancora più vero nell'ambito della responsabilità civile.

- Gli sviluppi sul concetto di danno non patrimoniale risarcibile in Brasile sono sempre stati collegati al cambiamento della legge (Costituzione e/o Codice Civile). Il passaggio da un sistema chiuso alla possibilità di risarcimento dei danni

non patrimoniali ad un sistema aperto, di carattere atipico, regolato da una clausola generale di responsabilità civile è avvenuto tramite modifiche legislative. Va osservato che il vecchio Codice Civile brasiliano del 1916 conteneva una clausola generale di responsabilità civile (l'art. 159) che, tuttavia, non era interpretata in questo senso dai tribunali brasiliani.

- Gli sviluppi sul concetto di danno non patrimoniale risarcibile in Italia, invece, sono collegati ai progressi della dottrina e della giurisprudenza in materia, poiché le norme regolatrici della responsabilità civile extracontrattuale del Codice Civile del 1942 non sono mai state cambiate nei settanta anni di vigenza del Codice. La dottrina e i magistrati italiani hanno dovuto creare soluzioni tecniche per far fronte al complicatissimo compito di aggiornare il contenuto delle leggi ai bisogni della società.

- Nonostante queste differenze, tutti e due sistemi di responsabilità civile per danni non patrimoniali attualmente si articolano attorno alle regole del Codice Civile e della Costituzione. La normativa costituzionale, dunque, svolge un ruolo di rilievo, determinando l'apertura di entrambi sistemi a tutela di danni "nuovi", come il danno esistenziale.

- In base a quanto detto finora si può affermare che: ambedue sistemi risarcitori sono partiti da un punto comune: il rifiuto generalizzato di risarcire danni "moralì" nonostante la presenza di clausole generali di responsabilità civile nei vecchi Codici Civile abrogati del 1865 per l'Italia e del 1916 per il Brasile. Poi, negli anni successivi, gli ordinamenti brasiliano e italiano hanno percorso strade diverse, le quali attualmente sembrano di rivolgersi verso la stessa direzione: della contrapposizione tra danni patrimoniali e non patrimoniali, essendo questi ultimi considerati una categoria unitaria, inadatta ad essere articolata in voci autonome.

- In Brasile vige la c.d. bipolarità delle voci di danno risarcibile: o i danni sono patrimoniali o non patrimoniali (anche spesso denominati "*danos morais*"). Di conseguenza, sono praticamente infinite le ipotesi di danni non patrimoniali risarcibili ex. artt. 186 e 927 del Codice Civile del 2002. Importante osservare che l'espressione "*dano moral*" è utilizzata come sinonimo di danno non patrimoniale e costituisce una categoria generale, molto ampia, sotto la quale trovano riparo varie voci di danno come i danni estetici, i danni ai beni della personalità, i danni morali soggettivi oppure, più recentemente, anche i danni esistenziali. Queste voci non assumono autonomia risarcitoria, sono meramente descrittive della realtà lesata e

aiutano il giudice a individuare le lesione subite. Tale larghezza (o possibilità di allargamento) della sfera del danno non patrimoniale risarcibile costituisce un vantaggio, ma anche uno svantaggio: si corre il rischio di banalizzare il rimedio risarcitorio. Un rischio che ogni volta si torna più tangibile e identificabile.

- In Italia, invece, la situazione è ancora incerta visto che è abbastanza recente il posizionamento giurisprudenziale che ha determinato non solo il ritorno al sistema aquiliano c.d. bipolare (Cass. sez. un. n.26972/3/4/5 del 2008) ma anche che la categoria dei danni non patrimoniali è unitaria, non potendo essere sottoposta alla divisione in sottocategorie autonome di danno, come i danni biologici, alla salute o esistenziali. Infatti, a nostro avviso, la preoccupazione della dottrina e della giurisprudenza italiana di determinare, con la massima precisione possibile, i confini dei danni non patrimoniali risarcibili costituisce senz'altro un pregio, un merito, però l'eccesso di categorie, il moltiplicare costante di nuove voci e nuove impostazioni torna il sistema troppo "pesante", ingessato, come avviene di solito con i sistemi caratterizzati da una maggiore o minore tipicità dell'illecito civile risarcibile.

Secondo quanto è stato affermato si verifica:

- l'utilità dell'esperienza giuridica italiana per l'ordinamento brasiliano, poiché, nel caso dell'individuazione di "nuovi" tipi di pregiudizi non patrimoniali risarcibili, è utile alla dottrina e alla giurisprudenza brasiliane i concetti precisamente delineati in Italia, come nel caso della recente "scoperta" della sfera esistenziale della persona.

- la validità della esperienza giuridica brasiliana per l'ordinamento italiano poiché osservandosi lo stato attuale del sistema risarcitorio brasiliano, caratterizzato da una categoria unitaria di danni non patrimoniali, si conferma la correttezza dell'intendimento delle sezioni unite 2008 relativamente a voler allontanare dal sistema italiano la "guerra delle etichette", le varie voci di danni risarcibili che alla fine hanno in comune la stessa motivazione: risarcire la lesione di interessi inerenti la persona.

BIBLIOGRAFIA

ABREU, João Capistrano Honório de. *O Descobrimento do Brasil*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1976.

AGUIAR DIAS, José de. *Da responsabilidade civil*. 11. ed. (ver. e atualiz. por Rui Berford Dias) Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

AGUIAR DIAS, José de. *Da responsabilidade civil*. 4.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1960.

AGUIAR DIAS, José de. O Dano moral e sua reparação. In: *Revista Forense*. Comemorativa 100 anos. Tomo III – Direito Civil. SOUZA, Silvio Capanema de (org.). Rio de Janeiro: Forense, 2007. (contributo originalmente pubblicato nel vol. 49, novembre-dicembre 1940, della Revista Forense).

AGUIAR JUNIOR, Ruy Rosado de. Projeto do Código Civil – As obrigações e os contratos. In: *Revista dos Tribunais – 100 anos. Doutrinas Essenciais*. vol I. TEPEDINO, Gustavo; FACHIN, Luiz Edson (org.) São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. (originalmente pubblicato nella Revista dos Tribunais, n.775/18, maggio 2000).

ALMEIDA COSTA, Mário Júlio de. *História do Direito Português*. 4. ed. Coimbra: Almedina, 2009.

ALPA, Guido. I caratteri del codice civile. In: *Codici. Una riflessione di fine millennio*. Atti dell'Incontro di studio a Firenze, 26-28 ottobre 2000. A cura di Paolo Cappellini e Bernardo Sordi. Vol. 61, Milano: Giuffrè, 2002.

ALPA, Guido. *La cultura delle regole. Storia del diritto civile italiano*. Roma: Laterza, 2000.

AMARAL NETO, Francisco dos Santos. Técnica Jurídica na obra de Freitas. A criação da dogmática civil brasileira. In: *Augusto Teixeira de Freitas e il diritto latinoamericano*. SCHIPANI, Sandro (a cura di). Roma e America Collana di studi giuridici latinoamericani. Padova: CEDAM, 1988.

ASCARELLI, Tullio. Osservazioni di diritto comparato privato italo-brasiliano. In: ASCARELLI, Tullio. *Studi di diritto comparato e in tema di interpretazione*. Milano: Giuffrè, 1952.

ASTONE, Maria. *Danni non patrimoniali. Art. 2059*. In: Collana Il Codice Civile. Commentario. BUSNELLI, Francesco D. (diretto da). Giuffrè: Milano, 2012.

BANDECCHI, Brasil. Elementos de história do direito brasileiro. In: *Revista do Arquivo Municipal*, vol. CLXXIX, São Paulo, 1969.

BARCELLONA, Mario. *Corso di Diritto Civile. La responsabilità extracontrattuale*. Danno ingiusto e danno non patrimoniale. UTET: Torino, 2011.

BARCELLONA, Mario. *Il danno non patrimoniale*. Milano:Giuffrè, 2008.

BARRADAS DE CARVALHO, Joaquim Manuel Godinho. *À la recherche de la spécificité de la Renaissance portugaise. L'Esmeraldo de situ orbis de Duarte Pacheco Pereira et la littérature portugaise de voyages à époque des Grandes Découvertes*. Dois volumes, Paris: Fondation Gulbenkian, 1983.

BEVILAQUA, Clóvis. *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil comentado*. Vol. V. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1921.

BIANCA, C. Massimo. *Diritto Civile. La responsabilità*. vol. V. 2.ed. Milano: Giuffrè, 2012.

BITTAR, Carlos Alberto. *Reparação civil por danos morais*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

BOBBIO Norberto, *Il positivismo giuridico*, Torino: Giappichelli, 1979.

BOBBIO Norberto, La cultura e il fascismo. In: *Fascismo e società italiana*, A cura di G. Quazza. Torino: Einaudi, 1973.

BODIN DE MORAES, Maria Celina. A caminho de um direito civil constitucional. In: *Revista dos Tribunais 100 anos. Doutrinas Essenciais*. vol I. TEPEDINO, Gustavo; FACHIN, Luiz Edson (org.) São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. (originalmente publicado nella Revista de Direito Civil, n.65/21, luglio-settembre 1993).

BODIN DE MORAES, Maria Celina. Constituição e Direito Civil: Tendências. In: *Revista dos Tribunais*, vol. 779, 2000.

BODIN DE MORAES, Maria Celina. *Danos à pessoa humana: Uma leitura civil-constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

BONINI, Roberto. *Disegno del diritto privato italiano (dal Codice civile del 1865 al Codice civile del 1942)*. 2. ed. Bologna: Pàtron, 1990.

BRANCO, Gerson Luiz Carlos. Primeiras observações sobre os efeitos da unificação das obrigações civis e mercantis no Código Civil brasileiro. In: *Revista Forense*. vol. 396, anno 104, marzo-aprile 2008. p. 137-158.

BUENO, Eduardo. *A viagem do descobrimento. A verdadeira história da expedição de Cabral*. Coleção Terra Brasilis vol. I. Rio de Janeiro: Objetiva, 1998.

BURDESE, Alberto. La distinzione tra diritti personali e reali nel pensiero di Teixeira de Freitas. In: *Augusto Teixeira de Freitas e il diritto latinoamericano*.

SCHIPANI, Sandro (a cura di). Roma e America Collana di studi giuridici latinoamericani. Padova: CEDAM, 1988.

BUSSANI, Mauro (a cura di). *La responsabilità civile nella giurisprudenza costituzionale*. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 2006.

CACHAPUZ, Maria Cláudia. A ilicitude e as fontes obrigacionais: análise do art. 187 do Código Civil brasileiro. In: *Revista dos Tribunais 100 anos. Doutrinas Essenciais*. vol I. TEPEDINO, Gustavo; FACHIN, Luiz Edson (org.) São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

CAHALI, Yussef Said. *Dano moral*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

CALDERALE, Alfredo. Il diritto privato in Brasile: dal vecchio al nuovo codice. In: *// nuovo Codice Civile brasiliano*. CALDERALE, Alfredo (a cura di). Milano: Giuffrè, 2003.

CARBONE, Paolo L. *Latin American System*. Relazione tenuta al XXI colloquio biennale dell'Associazione italiana di diritto comparato, Venezia 9-11 giugno 2011. Disponibile in: http://www.comparazionedirittocivile.it/prova/files/carbone_latino.pdf.

CAROCCHI, Giampiero. *Storia d'Italia dall'unità ad oggi*. 7.ed. Milano: Feltrinelli, 1986.

CARVALHO DE MENDONÇA, José Xavier. *Tratado de Direito Comercial brasileiro*. vol. I. São Paulo: Russel, 2003.

CARVALHO, Orlando de. Teixeira de Freitas e a unificação do direito privado. In: *Augusto Teixeira de Freitas e il diritto latinoamericano*. SCHIPANI, Sandro (a cura di). Roma e America Collana di studi giuridici latinoamericani. Padova: CEDAM, 1988.

CASILLO, João. Dano e indenização na Constituição de 1988. In: *Revista dos Tribunais – 100 anos. Doutrinas Essenciais*. vol I. TEPEDINO, Gustavo; FACHIN, Luiz Edson (org.) São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. (originalmente pubblicato nella Revista dos Tribunais, n.660/37, ottobre 1990).

CASTELLO BRANCO, Carlos Heitor. *Gloriosa e Trágica Viagem de Cabral ao Brasil e à Índia*. São Paulo: Editora do Escritor, 1974.

CAZZETTA, Giovanni. *Codice Civile e identità giuridica nazionale. Percorsi e appunti per una storia delle codificazioni moderne*. Torino: G. Giappichelli Editore, 2011.

CAZZETTA, Giovanni. *Responsabilità aquiliana e frammentazione del diritto comune civilistico (1865-1914)*. Milano: Giuffrè, 1991.

CIAN, Giorgio. *Antigiuridicità e colpevolezza. Saggio per una teoria dell'illecito civile*. Padova: Cedam, 1966.

CIMBALI, Enrico. *La nuova fase del diritto civile nei rapporti economici e sociali* 3. ed. Torino: Utet, 1895

CORTESÃO, Jaime. A expedição de Pedro Álvares Cabral e o Descobrimento do Brasil. In: *História da Colonização Portuguesa do Brasil*. vol. II. MALHEIRO DIAS, Carlos (org.). Porto: Litografia Nacional, 1923.

COSTA, Emília Viotti da. *Da monarquia à república: momentos decisivos*. 7. ed. São Paulo: Unesp, 1999.

COUTO E SILVA, Clóvis Veríssimo do. O conceito de dano no direito brasileiro e comparado. In: *O Direito Privado Brasileiro na Visão de Clóvis do Couto e Silva*. FRADERA, Véra Maria Jacob de (org.). Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.

COUTO E SILVA, Clóvis Veríssimo do. O direito civil brasileiro em perspectiva histórica e visão de futuro. In: FRADERA, Vera Maria Jacob de (Org.). *Direito privado brasileiro na visão de Clóvis do Couto e Silva*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.

COVAS, Silvânio. Questão de fato e questão de direito: Quantificação do dano moral. In: *Revista de Processo*, São Paulo. v. 25, n.100, p.257-273, out-dez. 2000.

DE GIORGI, Maria Vita. Il danno esistenziale dopo la svolta costituzionale del 2003. In: *Il risarcimento integrale senza il danno esistenziale*. PONZANELLI, Giulio (a cura di). Padova: CEDAM, 2007.

DELGADO, Rodrigo Mendes. *O valor do dano moral: Como chegar até ele*. Leme: JH Mizuno, 2003.

DEZZA, Ettore. *Lezioni di Storia della codificazione civile*. 2. ed. Torino: G. Giappichelli, 2000.

FACCHINI NETO, Eugenio. WESENDONCK, Tula. Danos existenciais “precificando” lágrimas?. In: *Revista de Direitos e Garantias Fundamentais*. n.12, julho-dicembre 2012, p. 229-267.

FANELLI, Lorena. La seconda stagione del danno non patrimoniale (1975-1995): il ‘trionfo’ del danno biologico. In: *Il ‘nuovo’ danno non patrimoniale*. PONZANELLI, Giulio (a cura di). Padova: CEDAM, 2004.

FAORO, Raimundo. *Os donos do poder: formação do patronato político brasileiro*. 4. ed. São Paulo: Globo, 2008.

FERRAJOLI, Luigi. *La cultura giuridica nell'Italia del Novecento*. 2. ed. Bari: Laterza, 1999.

FERRARA, Francesco, *Diritto di guerra e diritto di pace* (1918), ora in *Scritti giuridici*, vol. I, Milano, 1954.

FILOMUSI GUELFI, Francesco. *Enciclopedia Giuridica*. 4. ed. Napoli: Cav. Nicola Jovene, 1904.

FONSECA, Ricardo Marcelo. Dal diritto coloniale alla codificazione: appunti sulla cultura giuridica brasiliana tra settecento e novecento. In: *Quaderni Fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*. n. 33/34, Tomo II, 2004/2005. Giuffrè: Milano.

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira de. Critérios para a fixação da reparação do dano moral: abordagem sob a perspectiva civil-constitucional. In: *Grandes Temas da Atualidade: Dano Moral*. LEITE, Eduardo de Oliveira (org.). Rio de Janeiro: Forense, 2002.

GHISALBERTI, Carlo. *Unità nazionale e unificazione giuridica in Italia. La codificazione del diritto nel Risorgimento*. Bari: Laterza, 1979.

GOMES, Orlando. Direitos de personalidade. In: *Revista Forense*. Comemorativa 100 anos. Tomo III – Direito Civil. SOUZA, Silvio Capanema de (org.). Rio de Janeiro: Forense, 2007. p.663-676. (contributo originalmente pubblicato nel 1946, vol. 216 della Revista Forense).

GOMES, Orlando. *Raízes históricas e sociológicas do Código Civil brasileiro*. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

GREENLEE, William B. *The voyage of Pedro Álvares Cabral to Brazil and India*. Londres: Hakluyt Society, 1938.

GROSSI, Paolo. *L'Europa del diritto*. Bari: Laterza, 2009.

GROSSI, Paolo. *L'Ordine giuridico medievale*. 12. ed. Bari: Laterza, 2006.

GROSSI, Paolo. *Mitologias jurídicas da modernidade*. Tradução de Arno Dal Ri Júnior. Florianópolis: Fundação Boiteaux, 2004.

GROSSI, Paolo. *Scienza giuridica italiana. Un profilo storico 1860-1950*. Milano: Giuffrè, 2000.

HIRONAKA, Giselda Maria Novaes. Direito Civil brasileiro: de Clóvis Beviláqua a Miguel Reale. In: *Seminário Novo Código Civil brasileiro: o que muda na vida do cidadão*. Brasília: Câmara dos Deputados. Coordenação de Publicações, 2003.

IGLÉZIAS, Paola d'Andretta. A legislação comercial e o movimento de codificação civil no segundo reinado. In: *Os juristas na formação do Estado-Nação brasileiro 1850-1930*. MOTA, Carlos Guilherme. FERREIRA, Gabriela Nunes. (coord.). São Paulo: Saraiva, 2010.

IRTI, Natalino. *La cultura del diritto civile*. Torino: UTET, 1990.

IUDICA, Giovanni. Profili della responsabilità civile extracontrattuale secondo il nuovo *Código Civil* brasiliano. In: *Il Nuovo Codice Civile brasiliano*. CALDERALE, Alfredo (a cura di). Milano: Giuffrè, 2003.

LARENZ, Karl. *Derecho Civil: Parte General*. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1978. trad. Izquierdo y Macías-Picaeva.

LOMBARDI FERNANDES, Maria Fernanda. A organização do estado brasileiro na Primeira República. In: *Os juristas na formação do Estado-Nação brasileiro 1850-1930*. MOTA, Carlos Guilherme. FERREIRA, Gabriela Nunes. (coord.). São Paulo: Saraiva, 2010. p. 245-262.

LOPES DE MENDONÇA, Henrique. Do Restelo a Vera Cruz. In: *História da Colonização Portuguesa do Brasil*. vol. II. MALHEIRO DIAS, Carlos (org.). Porto: Litografia Nacional, 1923.

LOPES, José Reinaldo de Lima. *O Direito na História: lições introdutórias*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2008.

LOSANO, Mario. La Scuola di Recife e l'influenza tedesca sul diritto brasiliano. In: *Materiali per una storia della cultura giuridica*, vol. IV, 1974. Il Mulino: Bologna.

LOSANO, Mario. *Un giurista tropicale. Tobias Barreto fra Brasile reale e Germania ideale*. Bari: Laterza, 2000.

MALHEIROS DIAS, Carlos. A semana de Vera Cruz. In: *História da Colonização Portuguesa do Brasil*. vol. II. MALHEIRO DIAS, Carlos (org.). Porto: Litografia Nacional, 1923.

MANCHESTER, Alan K. *British pre-eminence in Brazil*. New York: Octagon, 1964.

MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado. Sistema e tópica no processo obrigacional*. São Paulo: Revista do Tribunais, 1999.

MARTINS-COSTA, Judith. *Comentários ao Novo Código Civil – Do Inadimplemento das Obrigações*. 2. ed. vol. V. tomo II. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

MARTINS-COSTA, Judith. Culturalismo e experiência no Novo Código Civil. In: *Revista do Tribunal Regional Federal da 1ª Região*. vol. VI, 2006.

MARTINS-COSTA, Judith. O direito privado como um “sistema em construção”: as cláusulas gerais no Projeto do Código Civil brasileiro. In: *Revista da Faculdade de Direito da UFRGS*. n. 15, 1988. p. 129-154.

MARTINS-COSTA, Judith. Os avatares do abuso do direito e o rumo indicado pela boa-fé. In: *Questões Controvertidas do Novo Código Civil*. vol VI. DELGADO, Mario. (org.). São Paulo: Método, 2006.

MARTINS-COSTA, Judith. Os danos à pessoa no direito brasileiro e a natureza da sua reparação. In: *A Reconstrução do Direito Privado*. MARTINS-COSTA, Judith. (org.). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

MARTINS-COSTA, Judith. *Pessoa, personalidade, dignidade. (ensaio de uma qualificação)*. 2003. Tese (livre-docência em Direito Civil) – Congregação da Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, 2003.

MARTONE, Luciano. *Le prime leggi sociali nell'Italia liberale (1883-1886)*. In: *Quaderni Fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*. II "Socialismo giuridico". Ipotesi e letture. Tomo I (3-4), Milano: Giuffrè, 1974-75.

MATOS PEIXOTO, José Carlos de. *A Codificação de Teixeira de Freitas*. In: *Revista Forense Comemorativa 100 anos*. Tomo II. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

MEIRA, Silvio A. B. *O Código Civil do Brasil de 1917: projeto Beviláqua*. In: *Studi in onore di Cesare Sanfilippo* (vol. I). Milano: Giuffrè, 1982.

MEIRA, Silvio A. B. *O pensamento criador de Teixeira de Freitas*. In: *Novos e velhos temas de direito*. MEIRA, Silvio A. B. (org.). Rio de Janeiro: Forense, 1973.

MEIRA, Sílvio A. B. *Sobrevivência do direito romano no Brasil*. In: *Études offertes à Jean Macqueron*. Aix-en-Provence: Faculté de Droit et des Sciences Économiques d'Aix-en-Provence, 1970.

MELLO E SOUZA, Laura de. *História da vida privada no Brasil: cotidiano e vida privada na América portuguesa*. vol. I. Mello e Souza, Laura de (Org). São Paulo: Companhia das Letras, 1997.

MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico. Plano da existência*. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

MELO DA SILVA, Wilson. *O dano moral e sua reparação*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

MONATERI, Pier Giuseppe. SOMMA, Alessandro. *Il modello di Civil Law*. 2. ed. Torino: G. Giappichelli, 2009.

MOREIRA ALVES, José Carlos. *A contribuição do antigo direito português no código civil brasileiro*. In: *Estudos de direito civil brasileiro e português* (I Jornada luso- brasileira de direito civil). São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980.

MOTA, Carlos Guilherme. *Do Império luso-brasileiro ao Império brasileiro*. In: MOTA, Carlos Guilherme (Coordenação). *Os juristas na formação do Estado-nação brasileiro: século XVI a 1850*. vol. I. São Paulo: Quartier Latin, 2006.

NERY, Rosa Maria de Andrade. *Introdução ao pensamento jurídico e à teoria geral do direito privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

PECORELLA, Corrado. *Consolidazione e codificazione in una esperienza brasiliana*. In: *Augusto Teixeira de Freitas e il diritto latinoamericano*. SCHIPANI, Sandro (a cura di). Roma e America Collana di studi giuridici latinoamericani. Padova: CEDAM, 1988. p. 221-222.

PENE VIDARI, Gian Savino; DE BENEDETTI, Claudia (a cura di). *Costituzioni e Codici. Appunti e documenti di Storia del diritto italiano (a.a 1996/1997)*. Torino: G. Giappichelli, 1996.

PEREIRA, Caio Mario da Silva. *Projeto de Código de Obrigações*. Rio de Janeiro: Serviço de Reforma de Códigos. Comissão de Estudos Legislativos do Ministério da Justiça e Negócios Interiores, 1965.

PIRES DE LIMA, Zulmira. Responsabilidade civil por danos morais. In: *Revista Forense*. Comemorativa 100 anos. Tomo III – Direito Civil. SOUZA, Silvio Capanema de (org.). Rio de Janeiro: Forense, 2007. (contributo originalmente pubblicato nel settembre 1940, vol. 83 della Revista Forense).

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Fontes e evolução do Direito Civil brasileiro*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1981.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado*. Tomo XXVI. Rio de Janeiro: Borsoi, 1959.

PONZANELLI, Giulio (a cura di). *Il 'nuovo' danno non patrimoniale*. Padova: CEDAM, 2004.

PONZANELLI, Giulio. La quarta stagione del danno non patrimoniale: ovvero le cinque sentenze della Corte di Cassazione del maggio 2003 e la sentenza della Corte Costituzionale del luglio 2003. In: *Il 'nuovo' danno non patrimoniale*. PONZANELLI, Giulio (a cura di). Padova: CEDAM, 2004.

PORTALE, Giuseppe. *Lezioni di diritto privato comparato*. Torino: G. Giappichelli, 2001.

POUSADA, Estevan Lo Ré. *Preservação da tradição jurídica luso-brasileira: Teixeira de Freitas e a Introdução à Consolidação das Leis Cíveis*. Dissertação de Mestrado sob a orientação do Prof. Ignácio Maria Poveda Velasco do Departamento de Direito Civil – Área de História do Direito – da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2006. Acesso: <http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2131/tde-31102006-172941/pt-br.php>.

REALE, Miguel. Exposição de motivos do Anteprojeto de Código Civil anotada. In: *História do novo Código Civil*. REALE, Miguel (org.). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

REALE, Miguel. O dano moral no direito brasileiro. In: *Temas de direito positivo*. REALE, Miguel (org.). São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992.

REALE, Miguel. O sentido inovador do Projeto do Novo Código Civil (exposição e debate). In: *Revista Forense*. Comemorativa 100 anos. Tomo III – Direito Civil. SOUZA, Silvio Capanema de (org.). Rio de Janeiro: Forense, 2007. p. 735-766. (contributo originalmente pubblicato nel vol. 286, aprile-giugno del 1984, della Revista Forense).

RESCIGNO, Pietro. *Introduzione al Codice Civile*. 7.ed. Bari: Laterza, 2001.

RODOTÀ, Stefano. *Il problema della responsabilità civile*. Milano: Giuffrè, 1964.

ROTONDI, M. *Una legislazione di guerra, 1915-1924*, (1926) in Scritti Giuridici, IV, Profili di giuristi e saggi critici di legislazione e dottrina, Cedam Padova, 1964.

SACCO, Rodolfo. L'ingiustizia di cui all'art. 2043. In: *Il Foro Padano*. vol. XV, 1960.

SACCO, Rodolfo. La circolazione del modello giuridico francese. In: *Rivista di diritto civile*. n.4, luglio/agosto, 1995. p. 515-523.

SALVI, Cesare. Il paradosso della responsabilità civile. In: *Rivista Critica del Diritto Privato*. anno I, n.1, marzo 1983, p. 123-163.

SANSEVERINO, Paulo de Tarso Viera. *Princípio da reparação integral. Indenização no Código Civil*. São Paulo: Saraiva, 2010.

SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *A Constituição Concretizada - Construindo Pontes com o Público e o Privado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

SARLET, Ingo Wolfgang. Direitos fundamentais e direito privado: algumas considerações em torno da vinculação dos particulares aos direitos fundamentais. In: *Revista Juridica*, n. 354, p.45-94, fev. 2007.

SAVATIER, René. *Traité de la responsabilité civile en droit français*. Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1939.

SCHLESINGER, Piero. La "ingiustizia" del danno nell'illecito civile. In: *JUS Rivista di Scienze Giuridiche*. anno XI, marzo 1960, fasc. I. p. 336-347.

SCOGNAMIGLIO, Renato. Appunti sulla nozione di danno. In: *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*. 1969, p. 464-502.

SCOGNAMIGLIO, Renato. Il Danno Morale (Contributo alla teoria del danno extracontrattuale). In: *Rivista di Diritto Civile*, anno III, n. 1, gennaio-febbraio 1957, p. 277-336.

SCOGNAMIGLIO, Renato. Responsabilità civile (voce). In: *Nuovissimo Digesto Italiano*, vol. XV, p.628-657, 1957.

SERPA LOPES, M. M. O Anteprojeto de Código das Obrigações. In: *Revista Forense*. Comemorativa 100 anos. Tomo III – Direito Civil. SOUZA, Silvio Capanema de (org.). Rio de Janeiro: Forense, 2007. p. 149-176. (contributo originalmente pubblicato nel vol. 97, gennaio-marzo del 1944 della Revista Forense).

SEVERO, Sérgio. *Os Danos Extrapatrimoniais*. São Paulo: Saraiva, 1996.

SILVA, Nuno J. Espinosa Gomes da. *História do direito português: fontes de direito*. vol. I. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1985.

SOARES, Flaviana Ramazzo. *Responsabilidade civil por dano existencial*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

TARELLO, *La scuola dell'esegesi e la sua diffusione in Italia*, in *Cultura giuridica e politica del diritto*, Il Mulino, Bologna, 1988.

TEPEDINO, Gustavo, *Temas de direito civil*, 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

TEPEDINO, Gustavo. O Código Civil, os chamados microssistemas e *Constituição*: premissas para uma reforma legislativa. In: *Problemas de Direito Civil*. TEPEDINO, Gustavo (coord.). Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

TRÍPOLI, César. *História do Direito Brasileiro (ensaio)*. vol. I, Época Colonial. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1936.

VARELA, Laura Beck. *Das sesmarias à propriedade moderna: um estudo de história do direito brasileiro*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

VELLOSO, Carlos Mário da Silva. Os direitos da personalidade no Código Civil português e no novo Código Civil brasileiro. In: *Aspectos controvertidos do Novo Código Civil*. ALVIM, Arruda, et all. (org.). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

VILLELA, João Baptista. Da Consolidação das leis civis à teoria das consolidações: problemas histórico-dogmáticos. In: *Augusto Teixeira de Freitas e il diritto latinoamericano*. SCHIPANI, Sandro (a cura di). Roma e America Collana di studi giuridici latinoamericani. Padova: CEDAM, 1988.

WEHLING, Arno. WEHLING, Maria José. *Direito e Justiça no Brasil colonial: o Tribunal da Relação do Rio de Janeiro (1751-1808)*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

WESENBERG, Gerhard. WESENER, Gunter. *Storia del diritto privato in Europa*. A cura di Paolo Cappellini e Maria Cristina Dalbosco. Padova: CEDAM, 1999.

WESENDONCK, Tula. O Dano existencial na jurisprudência italiana e brasileira – um estrudo de direito comparado. In: *Revista da AJURIS*. n.124, dezembro 2011, p. 327-356.

ZIVIZ, Patrizia. *Il danno non patrimoniale. Evoluzione del sistema risarcitorio*. Milano: Giuffrè, 2011.

ZIVIZ, Patrizia.; BILOTTA, Francesco. *Il nuovo danno esistenziale. Dalla Cassazione del 2003 alle Sezioni Unite del 2009*. Bologna: Zanichelli, 2009.

ZWEIGERT, Konrad; KÖTZ, Hein. *Introduzione al Diritto Comparato*. vol II. Istituti. Milano:Giuffrè, 1995.